

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LA PREUVE

DANS LA

REI UINDICATIO

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 29 janvier 1914, à 1 h. 1/4

PAR

E. d'ABGAROWICZ

Président : M. GIRARD, professeur.

*Sufragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, } professeurs.
 { AUDIBERT, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1914

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI SUR LA PREUVE

DANS LA

REI UINDICATIO

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 29 janvier 1914, à 1 heure 1/4

PAR

E. d'ABGAROWICZ



Président : M. GIRARD, professeur.

*Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, } professeurs.
 { AUDIBERT, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1914

ABRÉVIATIONS ET RENVOIS

Nos citations et renvois, sauf indication contraire, se réfèrent aux éditions suivantes :

C. I. C. : éd. P. Krüger, Th. Mommsen, Schöll, Kroll, 3 vol., 1908-1880.

C. Th. : éd. Th. Mommsen et Meyer, 1905.

Bas. Suppl. : éd. Zachariae v. Lingenthal, 1846.

Textes de droit romain ², de P. F. Girard, 1903.

Fontes ⁷, de Bruns, 1909.

Les textes littéraires sont cités d'après les plus récentes éditions de la maison Teubner de Leipzig ; exception est faite pour Cicéron que nous citons également d'après l'édition Orelli, Baiter, Halm, 1845-1838.

Pour la désignation des périodiques nous avons adopté les abréviations courantes dont on trouvera la clef chez P. F. Girard, Textes ³, 1903, p. XI et ss., et Manuel ⁴, 1911, p. XIV.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551423_0002

Essai sur la Preuve dans la rei uindicatio

INTRODUCTION

1. — Trois questions se posent au sujet de la preuve de la propriété dans une action judiciaire :

Qui doit prouver ?

Que doit-il prouver ?

Comment doit-il prouver ?

Les deux premières questions feront seules l'objet de cette étude ¹.

D'autre part, le droit romain connaissait plusieurs actions en revendication : la rei uindicatio qui sanctionnait la propriété quiritaire, la Publiciana in rem actio qui sanctionnait la propriété prétorienne, et des rei uindications spéciales qui sanctionnaient la propriété provinciale et celle des pérégrins ².

1. Sur les modes de preuve, voy. par ex. Buonamici, *Storia della proced. civ. rom.*, 1886, 1, p. 290 et ss. ; — sur la preuve de la copropriété, cf. Arndts, *Ueber den Beweis des Miteigentums*, *Rhein. Mus.*, 3, 1829, p. 215 et ss.

2. Sur la formule de la revendication des fonds provinciaux, cf. Rudorff, *E. P.*, § 63, dont la conjecture, fondée sur un passage de Frontin, *de controu. agr.* (éd. Lachmann, p. 36), semble aujourd'hui abandonnée. Une conjecture plus plausible est celle de Lenel, *E. P.*,

Nous ne traiterons que de la rei vindicatio.

2. — La thèse peut se résumer en quelques mots : la preuve de la propriété incombe au demandeur. C'est en effet un principe de raison et de sécurité sociale que c'est à celui qui doit innover à démontrer le fondement de ses prétentions ¹. Cette preuve est absolue, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas d'établir l'acte d'acquisition, mais qu'il faut démontrer aussi le droit de son auteur, celui-ci n'ayant pu transférer ce qu'il n'avait pas. En d'autres termes, l'usucapion sera pratiquement le seul mode de preuve.

Cette opinion est loin d'être partagée par tous les interprètes, surtout quant au contenu de la preuve. D'aucuns admettent, en effet, qu'il suffisait de prouver l'acte d'acquisition, restant à l'adversaire à prouver que le demandeur avait acquis d'un non propriétaire. — Mais ces discussions sur la preuve semblent étrangères aux jurisconsultes romains ; ceux-ci ne paraissent pas avoir sacrifié les principes du droit aux exigences imaginaires de la pratique dont on fait un si grand cas de nos jours. Ainsi, il y avait des jurisconsultes qui admettaient même la revendication des monnaies :

Procul. D. (23,3) 67.

Procul. D. (12,6) 53 ².

Ulp. D. (7, 1), 25 § 1 in fine.

§ 71, p. 148, corrigée toutefois en tenant compte de l'observation de Partsch, *Schriftformel im röm. Provinzialpr.*, 1903, pp. 106-108. C. Lenel, *E. P.*², § 71, p. 184.

1. Bonnier-Larnaude, *Traité des preuves*², 1888, p. 21.

2. Cf. Pellat, *Textes sur la dot*², 1853, p. 308 et ss. et p. 314.

D'autre part quand les praticiens créaient quelque innovation, ils faisaient en sorte pour satisfaire aux exigences de la pratique sans toutefois heurter pour cela les principes du droit. Quand les praticiens inventèrent la vente-contrat, c'est-à-dire la vente non translatrice de propriété ¹, ils le firent non seulement pour la rendre d'une application plus large, mais aussi 'afin de soustraire le vendeur à une preuve de sa propriété qui serait souvent difficile et compliquée, afin de ne pas permettre à l'acheteur de le tourmenter à raison de troubles hypothétiques, que l'usucapion empêchera vite de se produire, dont il sera temps de s'occuper s'ils se produisent auparavant' ².

C'est au moyen-âge que les controverses sur le contenu de la preuve ont pris naissance, et Leyser avait décidé, l'un des premiers, que la preuve absolue étant une 'probatio diabolica', on avait dû se contenter d'une preuve relative ³. Depuis, cette idée a été reprise bien des fois, sous des formes différentes et avec une fortune inégale.

Mais ces controverses sur la preuve ne sont pas spéciales au droit romain, car elles se sont produites tant en Allemagne jusqu'à la promulgation du B. G. B., qu'en France sous l'empire du C. civ.

En Allemagne : 'le principe de la théorie actuelle — dit Kindel — que le demandeur doit prouver aussi la pro-

1. Steph. Bas. Suppl. schol. 126, p. 26.: Οὕτε γὰρ ἡ πράσις αὐτὴ μετατίθησι τὴν δεσποτείαν.

2. Girard, *Manuel*², p. 550.

3. Leyser, *Spec.*, 99. m. 1. (cité par Thibaut, *Archiv*, 6, 1823, p. 314, n. 4).

priété de ses auteurs, doit être uniquement ramené à la glose, et n'a jamais valu jusqu'à présent dans la pratique¹. De même encore : 'la pratique ne songeait guère à s'engager dans une pareille entreprise'² ; 'le droit romain ne connaît pas la preuve diabolique de la propriété'³ : 'cette preuve se heurte contre les règles de la procédure. On doit réclamer au demandeur la preuve que le défendeur se trouve à son égard dans son tort. Le juge du procès doit se contenter de cette preuve'⁴.

En France, — si l'on fait abstraction d'une controverse doctrinale, certains auteurs prétendant que l'action Publienne existerait actuellement sous l'empire du C. civ.⁵

1. Kindel, *Das Recht an der Sache*, 1889, p. 169 : 'der Satz der heutigen Theorie, dass der Kläger auch das Eigentum seiner Aukto- ren nachzuweisen habe, ist allein auf die Glosse zurückzuführen und hat bis jetzt in der Praxis nicht gegolten'.

2. Kindel, p. 170 : 'die Praxis dachte nicht daran, sich auf ein solches Unternehmen einzulassen'.

3. Kindel, p. 175 : 'das römische Recht kennt nicht den diabolischen Eigentumsbeweis'.

4. Kindel, p. 176 : 'derselbe verstösst gegen die Regel des Prozessrechts. Von dem Kläger ist der Nachweis zu verlangen, dass der Beklagte ihm gegenüber im Unrecht sei. Damit hat sich der Prozessrichter zu begnügen' (d'après Wendt, *Archiv*, 76, 1890, p. 399). — Cependant H. Meyer, Oberlandesgerichtsrat, *Archiv*, 77, 1891, p. 365, conteste les assertions de Kindel : 'Dagegen behaupte ich — dit-il — auf Grund meiner langjährigen praktischen Erfahrungen aus dem gemeinen Rechte : Es ist mir kein einziger Fall vorgekommen, in welchem man den Beweis des Erwerbsgrundes für die Eigentumsklage für genügend gehalten hätte, dafern das Eigentum des Auktors bestritten war'.

5. Voy. citations chez Debrand, *Essai sur la preuve de la propriété immobilière*, *Revue Bourguignonne de l'enseignement*, 3, 1893, p. 75, n. 3, et chez Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*⁵, 2, p. 559, n. 1 bis.

— même désaccord entre la doctrine et la pratique¹.

L'une des raisons qui nous font repousser les théories se contentant d'une preuve relative, c'est qu'elles conduisent à des conséquences fausses en droit et absurdes en fait.

En droit tous les jurisconsultes sont d'accord pour dire que la propriété est un droit absolu, existant envers tout le monde, et que la créance est un droit relatif, n'existant qu'à l'égard de certaines personnes déterminées. Or, si le titre ou la possession suffisent à prouver la propriété, celle-ci perd son caractère absolu : on est propriétaire envers les uns, on ne l'est pas envers les autres ; et si d'autre part l'on remarque que les créances, grâce à la théorie de la compensation, acquièrent une efficacité plus grande, on arrive à cette conclusion que la distinction des droits réels et personnels n'a plus aucun sens.

En fait, si l'acte d'acquisition est jugé suffisant pour prouver la propriété, la situation du défendeur est plus difficile à soutenir que celle du demandeur, et à situations égales, c'est le possesseur qui succombe.

3. — Notre plan sera le suivant :

Dans un premier chapitre nous nous attacherons à réfuter certaine théorie qui admet que le droit romain con-

1. Cf. Laurent, *Principes de droit civil*, 6, n^{os} 159-173 ; Naquet, *Dissertation*, S., 73, 2, 49 ; Montagne, *De l'action en revendication des immeubles en droit français*, thèse, Poitiers, 1879, n^{os} 347-362. — Aubry et Rau, 2, p. 559 et ss., et les citations. — Em. Lévy, *Sur l'idée de transmission de droits*, 1896.

naissait une propriété relative. C'est là un point préalable à toute discussion sur la preuve.

Les chapitres suivants seront consacrés à l'examen de notre sujet dans les différentes formes de la *rei vindicatio*.

L'*actio sacramento in rem* remplira le chapitre deuxième. Une doctrine, qu'on peut considérer comme dominante, estime que cette action était un *iudicium duplex* dans lequel la preuve incombait également à chaque plaideur. Nous pensons au contraire que c'était là une action simple, et que la preuve incombait au demandeur. Nous devons donc faire des développements relatifs à la procédure *per sacramentum* un chapitre à part.

Enfin, le chapitre troisième sera réservé à l'*actio in rem per sponsionem* et à la formule *petitoria uel arbitraria*. Ces deux formes de la *rei vindicatio* étant des actions simples, les principes de la preuve étaient les mêmes dans les deux actions.

CHAPITRE PREMIER

SUR LA PROPRIÉTÉ RELATIVE EN DROIT ROMAIN.

I

4. — Dans un ouvrage ‘ certainement destiné à faire sensation ’¹, et dont l’auteur, M. Appleton, reprenait et développait certaines idées de v. Brinz sur la b. f. possessio et de Schulin sur l’action Publicienne, il a été soutenu à nouveau que le droit romain aurait connu deux sortes de propriétés : une propriété absolue, le ‘ dominium e. i. Q. , ’ et une propriété relative, fondée sur l’équité, l’ ‘ in bonis ’ ou propriété prétorienne².

1. Audibert, *N. R. H.*, 1890, p. 269.

2. Appleton, *Hist. de la propr. prétor. et de l’a. Publ.*, 2 vol., 1889. — Critiques et comptes-rendus : Ferrini, *Monitore dei Tribunali* (di Milano), 7/9 1889 ; Buonamici, *Orig. dell’ a. Publ. e importanza della medesima nella giurispr. antica e moderna*, *Archivio*, 43, 1889, pp. 207-252 ; Brezzo, *eod.*, pp. 267-299 ; Carusi, *L’a. Publ. in dir. rom.*, 1889 ; Bonfante, *Riv. Ital.*, 9, 1890, pp. 94-104 ; Chironi, *Riv. di Storia ital.*, 6, pp. 727-732 ; Schirmer, *Krit. Vjschr.*, 32 (N. F. 13), 1890, pp. 481-516 ; Erman, *Beitr. zur Publ.*, *Z. S. St.*, 11, 1890, pp. 212-277, et *eod.*, 13, 1892, pp. 173-224 ; id., *La Publ. et les revendic. utiles*, *It. gén.*, 1891, pp. 249-258, 309-320, 415-419, 511-520 ; 1892, pp. 124-130 ; Glasson, *Séances et trav. de l’Acad. des sciences mor. et polit.*, 32 (132 de la col.), 1889, pp. 882-884 ; *Journ. du Palais*, 1889, Bull. bibl., pp. 50-52 ; Louis-Lucas, *Bull. crit.*, 11, 1890, pp. 103-109 ; Audibert, *N. R. H.*, 1890, pp. 269-297. — Cf. aussi Pernice, *Labeo*, 2^e, p. 433 et ss. ; Karlowa, *Röm. Rgesch.*, 2, § 139, p. 1208 et ss. ; Girard, *Manuel*⁵, p. 350 et ss.

Cette doctrine, qui semble avoir été déjà pressentie par Cujas, et plus récemment par v. Savigny, Fritz, Gesterding, Zimmern, v. Tigerström, v. Scheurl, Bruns, v. Ihering, a fait l'objet d'une monographie de la part de v. Brinz antérieurement à l'ouvrage de M. Appleton ¹.

Cujas disait notamment :

bonis etiam adnumerantur ea, quae b. f. possidemus : nam b. f. possessorem praetor habet pro domino, eique dat actionem in rem Publicianam, et saepe in libris nostris dominus, id est b. f. possessor ² ;

ou encore :

dans les l. 4 de usurp. l. qui fundum, § si tutor, pro empt. dominus accipitur pro b. f. possessore. et tantum potest b. f., ut innumeris locis dominum accipere oporteat pro b. f. possessore, non pro domino rei ³.

Les autres ont dit que la b. f. possessio était 'eine Art des Eigentums' (v. Savigny) ; 'ein prätorisches Eigentum' (Fritz, Gesterding) ; 'ein fingirtes Eigentum' (Zimmern, v. Tigerström) ; 'ein werdendes Eigentum' (v. Scheurl) ; 'ein relatives Eigentum' (Bruns) ; 'ein Recht an der Sache', qui implique la protection et l'idée de la propriété dans une forme moindre (v. Ihering).

1. Brinz, *Zum Rechte der b. f. possessio* (Festg. an Arndts), 1875 ; comptes-rendus de Hartmann, *Krit. Vjschr.*, 18, 1876, pp. 161-169, et Exner, *Z. von Grünhut*, 3, 1876, pp. 710-715.

2. Cujas, *Op. omnia*, éd. Fabrot, Nap., 8 (1722), p. 530 (ad l. 49 de verb. sign.).

3. Cujas, 8, p. 568 (ad l. 109 (110) de verb. sign.). — Brinz, pp. 75, 131.

5. — M. Appleton ne semble avoir eu connaissance d'aucun de ces antécédents, pas même de la monographie de v. Brinz : c'est en effet ce qui résulte tant de la lecture de son ouvrage que d'une lettre écrite par lui à M. Erman, professeur à Lausanne, et mentionnée par ce dernier dans ses '*Beiträge zur Publiciana*'¹.

6. — A la vérité, tout le monde s'accorde à reconnaître que c'est au moyen de l'action Publicienne que le préteur introduisit le nouveau système de propriété, l'*in bonis*, comme c'est au moyen de l'action quasi-servienne qu'il introduisit le droit réel d'hypothèque, et au moyen d'actions réelles *in factum* les droits réels du superficiaire et du '*conductor agri uctigalis*' ; mais la doctrine de M. Appleton prétend que l'action Publicienne implique nécessairement l'*in bonis*, et que ce sont là deux choses inséparables : 'qui dit Publicienne dit propriété prétorienne, et le seul moyen de connaître l'un est d'étudier l'autre'.

'La propriété civile est un droit absolu, non seulement en ce qu'il existe *erga omnes*, mais encore en ce qu'il est perpétuel de son essence ; l'on devient propriétaire à toujours ou l'on ne devient point du tout propriétaire. De même que le *dominium* existe aussi bien à l'égard de telle personne qu'à l'égard de telle autre, de même aussi il n'est

1. Erman, Z. S. St., 14, 1890, p. 214, n. 3 ; M. Appleton se demande aussi, ob nicht aus diesem Zusammentreffen 'il résulterait une certaine confirmation des idées de Brinz. Il faut qu'elles soient bien justes en effet puisqu'une autre personne... soit arrivée... par une voie parfois différente au même résultat'.

point limité à telle ou telle durée du temps, mais il existe à perpétuité¹.

Steph. Bas. (16,1) 4 : *πρόσκαιρος.. οὐκ ἔρρωται δεσποτεία.*

Au contraire, la propriété que sanctionne l'action Publienne, c'est-à-dire l'in bonis, est une propriété d'équité qui est essentiellement relative : 'elle peut n'exister que vis-à-vis de certaines personnes ou pour une certaine portion de la durée'².

En effet, on doit considérer le b. f. possessor (c'est-à-dire l'acquéreur a non domino) qui remplit les conditions requises pour la Publienne, comme étant propriétaire prétorien³. Son droit, il est vrai, n'existe pas contre tout le monde : s'il se trouve en face du véritable dominus (ou seulement, dans certains cas, d'un autre acquéreur de bonne foi) il échoue dans sa réclamation et n'est plus considéré comme propriétaire. Son droit, en un mot, est relatif. Mais 'le caractère relatif du droit de l'acquéreur de bonne foi dans la législation romaine ne permet pas de se refuser à voir en lui un propriétaire prétorien. N'a-t-il pas à son service la même action ? N'est-il pas protégé par les mêmes exceptions'⁴ ? De deux choses l'une : ou bien notre acquéreur se trouve en présence d'une personne ayant un droit préférable au sien : alors les avantages dont il jouit se réduisent à ceux que procure la possession de bonne foi de

1. Appleton, 1, p. 25 ; voy. aussi 2, p. 264 et ss.

2. Appleton, 1, p. 26.

3. Appleton, 2, p. 311.

4. Appleton, 1, p. 13.

la chose d'autrui. Ou bien au contraire notre acquéreur se trouve en face d'autres personnes, et alors, à l'égard de tout le monde, sauf ces personnes, il a tous les droits que l'on reconnaît à l'acquéreur *a domino*¹.

D'ailleurs les sources ne font aucune différence entre l'acquéreur de bonne foi et l'acquéreur *a domino*, tant que le premier ne se trouve pas en présence d'un droit supérieur au sien. C'est le sens de la maxime :

b. f. tantundem possidenti praestat, quantum ueritas, quotiens lex impedimento non est. Paul. 18 ad ed. D. (50, 17) 136. Lenel 291.

Que le possesseur de bonne foi ait véritablement l'in bonis, ce n'est pas une conjecture, car les sources le disent expressément, et 'les deux seuls textes qui aient défini l'in bonis, y font rentrer la possession de bonne foi' :

Ulp. 59 ad ed. D. (50, 16) 49. Lenel 1383 : 'bonorum' appellatio aut naturalis aut civilis est. naturaliter bona ex eo dicuntur, quod beant, hoc est beatos faciunt : beare est prodesse. (Mommsen : civiliter bona nostra sunt ea quae habemus). in bonis autem nostris computari sciendum est non solum, quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur uel superficiaria sint².

Modest. 7 reg. D. (41, 1) 52. Lenel 236 : rem in bonis nostris habere intellegimur, quotiens possi-

1. Appleton, 1, p. 14.

2. Voy. Brinz, pp. 76-77.

dentes exceptionem aut amittentes ad recipiendam eam actionem habemus ¹.

Un autre texte vient confirmer cette manière de voir :

Cels. 24 digest. D. (50, 17) 190. Lenel 204 : quod euincitur, in bonis non est.

Celse ne dit pas : 'ce qui peut être évincé', mais 'ce qui est évincé'. Cela n'a de sens, dit M. Appleton, que si l'on admet qu'avant l'éviction la chose était in bonis, et qu'après l'éviction elle n'y est plus. Or, puisqu'on en a été évincé, c'est qu'on n'en était point propriétaire, c'est qu'on avait acquis de bonne foi a non domino ².

7. — Le possesseur de bonne foi n'est d'ailleurs pas le seul à être protégé d'une façon relative, car tel est aussi parfois le cas du propriétaire bonitaire acquéreur a domino. Ainsi l'acheteur au comptant qui a reçu tradition de la chose sans en payer le prix et sans qu'on lui ait fait crédit, possède la Publicienne :

Gai. D. (6, 2) 8.

Bas. (15, 2) 8.

Or, quelle est la situation de cet acheteur vis-à-vis de son vendeur ? En règle générale la revendication de ce dernier se heurtera à l'exception 'rei uenditae et traditae', mais elle pourra réussir dans certains cas exceptionnels, 'nisi forte uenditor iustam causam habeat cur rem uindicet' : D. (21, 3) 1 § 5. C'est ce qui arrive dans les deux cas suivants :

1. Voy. Brinz, pp. 77-78.

2. Appleton, 1, p. 45 et ss. ; Brinz, p. 78 : 'was evincirt wird, nicht... was evincirt werden kann, in bonis non est'.

1. Insolvabilité de l'acheteur (constatée soit par des poursuites intentées par l'action *venditi* et restées infructueuses, soit par sa déconfiture : D. (14,4) 5 § 18).

2. Résolution de la vente.

En un mot notre acheteur est propriétaire prétorien vis-à-vis de tous, excepté de son vendeur¹.

8. — La propriété prétorienne étant relative quant aux personnes, peut l'être aussi quant aux divers moments de la durée ; elle peut être transférée sous condition résolutoire avec retour de plein droit. Ainsi 'le donateur à cause de mort, sous condition résolutoire, redevient propriétaire prétorien après l'arrivée de la condition, mais sa propriété n'est opposable qu'au donataire et à certains ayants-cause de celui-ci'². Avec le *dominium* qui est opposable *erga omnes*, les tiers auraient été sacrifiés, car les droits réels conférés '*medio tempore*' par le donataire s'éteindraient immédiatement. Il en va autrement avec la propriété prétorienne, c'est-à-dire avec la *Publicienne*. En effet, attribuer au donateur la *Publicienne* n'entraîne pas comme conséquence la résolution de tous les droits réels consentis par le donataire. La *Publicienne* du donateur réussit contre le donataire parce que l'exception '*iusti dominii*' se trouve paralysée par une réplique de *dol* ; mais quant aux tiers acquéreurs, il faut faire une distinction. La réplique de *dol* échoue contre un tiers acquéreur à titre onéreux (que nous supposons de bonne foi) car celui-ci 'cer-

1. Appleton, 1, p. 14 ; 2, p. 238 et ss

2. Appleton, 1, p. 14.

tat de damno uitando', mais cette réplique réussit contre toute personne à qui le donataire aurait conféré à titre gratuit un droit réel sur la chose donnée, car cette personne 'certat de lucro captando' ¹.

II

9. — Ce système, croyons-nous, n'est pas exact. Il ne semble pas que le droit romain ait connu une propriété relative, même en droit prétorien. Celui-là seul est propriétaire bonitaire qui doit au moyen de l'action Publicienne l'emporter contre tous, eût-il pour adversaire le 'dominus e. i. Q.' C'est le cas par exemple de celui qui a reçu tradition d'une 'res Mancipi' du 'uerus dominus' ² : s'il intente la Publicienne et qu'on lui oppose l'exception 'iusti domini' ³, il fera tomber cette exception par une réplique (replicatio doli, replicatio rei uenditae et tradite). Quant à ceux qui ont traité avec un 'non dominus', ils peuvent bien avoir la Publicienne, mais ils ne sont pas propriétaires, même en droit prétorien, car ils ne sont pas protégés contre le véritable propriétaire armé de la rei uindicatio et de l'exception 'iusti domini'. C'est dire que le droit prétorien ne connaît pas de propriété relative ⁴.

1. Appleton, 2, p. 217 et ss.

2. Gai. 2, 24 ; voy. aussi, 3, 80.

3. D. (6, 2) 17 : 'si ea res possessoris non sit' ; D. (9, 4) 28 : 'si dominus eius sit' ; D. (44, 2) 24 : 'si non eius sit res'.

4. En ce sens : Bonfante, *Riv. Ital.*, 9, 1890, p. 94 et ss. ; Brezzo, *Archivio*, 43, 1889, p. 268 et ss. ; Pernice, *Labeo*, 2^e, p. 435 et ss. ; Girard, *Manuel*⁵, p. 350, n. 3 in fine, et à son cours de *Pand.*, 1908-

10. — Si les sources semblent parfois attribuer l'in bonis au possesseur de bonne foi, c'est que les mots in bonis ' possono avere un senso più largo, che è in fondo il senso originario, e un senso più ristretto, che è quello in cui si usa ora dire proprietà bonitaria ' ¹. De plus, Gaius en parlant du ' dominium duplex ' ne fait nullement rentrer la possession de bonne foi dans la propriété prétorienne ². Aussi la propriété relative, comme le fait remarquer Bonfante, ' può ben parere una frase per significare possesso. (Questo) concetto... non porta a confondere le categorie del possesso e della proprietà ? Certo, rispetto al ' ius ciuile ', anche l'in bonis è possesso ; ma nel diritto pretorio esso è garantito erga omnes, e perciò appunto, può dirsi, è diventato proprietà e si parla oramai di una distinzione di due dominii. — Nè vale il riferirsi alla vita pratica e dire che in questa non si fa differenza tra l'acquirente in b. f. e l'acquirente a domino, che la b. f. ' tantundem possidenti praestat, quantum ueritas, quo-

1909, explic. du titre de uerb. sign. ; contra, Audibert, *N. R. H.*, 1890, p. 272.

1. Bonfante, *Riv. Ital.*, 9, 1890, p. 95. — Comp. Carusi, *L'a. Publ. in dir. rom.*, p. 95 : '(L'Appleton) fa risaltare la circostanza delle oscillazioni nel linguaggio dei testi, per cui l'in bonis è chiamato possesso di b. f. e viceversa (nel primo senso L. 136 D. 50.17 e L. 190 eod., nel secondo L. 49 D. 50.16 ; L. 52 D. 41.1). Ma prescindendo che una tale confusione di nomenclatura non proverebbe altro, in fondo, che in origine non era ben fissato il linguaggio tecnico per due istituti cotanto affini, in ogni caso non spiega perchè debba ridursi il possesso di b. f. sotto il genere della proprietà bonitaria, piuttosto che l'inverso'. La confusion n'existe que dans l'esprit de M. Carusi.

2. Gai. 1, 54 ; 2, 40, 41.

tiens *lex impedimento non est* ¹. Se si torna in campo colla vita pratica, il possessore di b. f., ben più che un domino bonitario, può comparire un vero domino quiritario ; e questo appunto significa la regola citata ¹.

11. — D'ailleurs, ferons-nous remarquer, la loi 136 de reg. iuris n'avait pas dans l'esprit de son auteur le sens général et absolu qu'on lui prête, puisqu'elle est extraite du livre 18 de Paul ad ed., où le jurisconsulte commentait le titre XIII DE IUDICIIS, édit 4 de nox. act. ². C'est dire que la loi 136 doit être interprétée 'secundum subiectam materiam'. Or, à quel propos Paul avait-il été amené à parler de la bona fides ? Pour répondre à cette question, il nous faut reporter au livre 23 ad ed. d'Ulpien, où ce jurisconsulte traitait également des actions noxales. Nous trouvons alors le passage suivant ³ :

Ulp. 23 ad ed. D. (9, 4) 21 § 1. Lenel 680.

Il n'est donc pas admissible de rendre la règle 'bona fides rel.' par 'la possession de bonne foi vaut propriété' ⁴.

12. — L'argument tiré de la loi 49 de uerb. sign. n'est guère plus solide. Si l'on considère la phrase d'Ulpien à un point de vue abstrait, on peut être tenté d'y voir, à cause des mots *in bonis*, une définition de la propriété bonitaire par opposition au dominium e. i. Q. Mais cette

1. Bonfante, *Riv. Ital.*, 9, 1890, pp. 95-96.

2. Voy. Cujas, 5, p. 233 ; Lenel, *Pal.* ; *E. P.* ².

3. Cf. Lenel, *Pal.*, 1, p. 999, n. 1.

4. En ce sens : Brezzo, *Archivio*, 43, 1889, p. 270, qui dit simplement : 'la diversa portata (della norma 'bona fides rel.') non ha bisogno di esser messa in luce'.

interprétation serait inexacte. Les mots *in bonis*, en effet, ont parfois une signification juridique, mais parfois aussi une signification simplement naturelle qui est précisément celle de notre fr. 49 ¹.

De plus, ferons-nous remarquer, la loi 49 est extraite du livre 59 ad ed. d'Ulpien où le jurisconsulte commençait l'étude de la saisie des différents biens (Edit, titre XXXVIII *QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR*). C'est dire que notre fr. contenant la définition des *bona* devait évidemment être placé au seuil de la théorie de l'exécution sur les biens, et avant l'étude des causes particulières de saisie ². Par conséquent Ulpien ne s'occupe nullement dans le fr. 49 de faire un exposé général de la théorie du patrimoine ou de définir la propriété bonitaire, mais bien de dire quelles sont les valeurs comprises dans les *bona* et sur lesquelles peut porter la *uenditio bonorum*. Autrement dit la définition des *bona* donnée par Ulpien n'a pas une portée générale, mais une portée spéciale relative aux *bona* dont le prêteur prescrit la saisie et la vente en bloc.

D'ailleurs le jurisconsulte nous dit que la masse saisie comprend même les choses dont sans être propriétaire le saisi tire un avantage comme possesseur de *b. f.* ou comme titulaire d'un droit de superficie. La mention de

1. En ce sens Brezzo, p. 270. — Cf. Brisson, *De uerb. quae ad ius pertinent sign.*, Lips. 1721, u. *bonorum*: *latius autem et generalius dicimus in bonis esse quod in patrimonio nostro aliqua ratione est.* — Cf. Accarias, *Précis* ⁴, 1, p. 579, n. 2.

2. Lenel, *Pal.*; *E. P.* trad. Peltier, 2, pp. 148-149; *E. P.* ³, p. 397.

ce dernier droit prouve que les mots *in bonis* ne désignent pas ici la propriété prétorienne, parce que s'ils la désignaient, le texte dirait que la propriété prétorienne appartient au superficiaire ; or, ce dernier n'est pas plus propriétaire prétorien que l'usufruitier n'est propriétaire civil ¹.

13. — Arrivons au texte de Modestin. Ce jurisconsulte nous dit que la propriété prétorienne existe toutes les fois qu'on a une exception pour garder la chose ou une action pour la réclamer alors qu'on en a perdu la possession.

La doctrine adverse interprète ce texte en disant qu'il y a propriété prétorienne dès que celle-ci existe relativement à quelqu'un, c'est-à-dire dès que pour reprendre la chose on a comme possesseur de b. f. la Publicienne, même sans être sûr de triompher par elle, ou une exception pour repousser les attaques, même sans être sûr que l'on pourra triompher par cette exception et qu'elle ne sera pas paralysée par une réplique.

Cette interprétation nous paraît inexacte : c'est véritablement confondre la possession avec la propriété. Quand Modestin nous dit que le propriétaire prétorien est celui qui a la Publicienne, il faut nécessairement sous-entendre

1. Dernburg, *Pand.* ¹, 1, p. 453, n. 18 : ' (Brinz) bezeichnet den titulierten Besitz geradezu als « bonitarisches Eigentum ». Dass der gutgläubige Besitz nach l. 49 D. de U. S. § 50, 16 « in bonis nostris » ist, beweist dies aber bei der Vieldeutigkeit des Ausdruckes nicht. Sonst hätte auch der Superfiziär « bonitarisches Eigentum ' ». Cette note se trouve supprimée dans la dernière éd. des *Pand.* de Dernburg, *Pand.* ², 1, § 157, p. 325 et ss.

que c'est celui qui a la Publicienne de manière à triompher contre quiconque détient la chose ; et quand il nous parle d'exception, il faut nécessairement sous-entendre qu'il s'agit d'une exception pour repousser quiconque réclame la chose contre vous.

En effet, ce n'est pas avoir un droit que d'avoir une action qui sera repoussée par une exception, ou une exception qui sera paralysée par une réplique. Ainsi on est débiteur quand on doit une chose 'iure ciuili' et qu'on n'a pas une exception perpétuelle pour repousser l'action :

1. Ulp. 6 ad ed. D. (50, 16) 10. Lenel 286.

2. Paul. 16 breuis ed. D. (50, 16) 55. Lenel 38.

De même encore :

1. Ulp. 19 ad Sab. D. (50, 17) 13. Lenel 2597.

2. Paul. 8 ad ed. D. (50, 17) 112. Lenel 169¹.

De même encore lorsque Paul dit :

is qui actionem habet ad rem recipendam, ipsam rem habere uidetur²

il entend évidemment parler d'une action qui triomphera, et non point d'une action qui pourra être repoussée par une exception.

14. — Reste l'argument tiré du fr. de Celse :

quod euincitur, in bonis non est.

Brinz-Appleton font remarquer, avons nous vu, que le

1. Cojas, ad ll. 43, 45, 51, 112, 115 de reg. iuris (8, p. 750) : 'habere, ad eum peruenisse, cepisse uidetur is, qui habet actionem cum effectu, uel quod est idem, sine exceptionis metu... sed non dicemus eum habere actionem, qui potest exceptione remoueri'.

2. Paul. 4 ad Sab. D. (50, 17) 15. Lenel 1673.

jurisconsulte dit 'was evincirt wird', et non pas 'was evincirt werden kann'. On suppose donc que in bonis == propriété bonitaire. C'est précisément ce qui n'est pas.

Notre fr. en effet est extrait du livre 24 des dig. de Celse où ce dernier commentait le titre XXXVIII de l'Edit : *QUIBUS EX CAUSIS IN POSSESSIONEM EATUR*. C'est dire que Celse à cet endroit, pas plus qu'Ulpien au livre 59 ad ed. d'où était extrait le fr. 49 de uerb. sign., ne s'occupait point de faire une théorie générale du patrimoine et de définir l'in bonis, mais bien de déterminer les bona sujets à la uenditio bonorum. 'Hanc definitionem — dit Lenel — ad 'bona' possidenda et uendenda pertinere puto' ¹.

15. — Maintenant que nous avons combattu un à un les arguments de nos adversaires, prenons l'offensive.

Il y a contre l'extension de l'in bonis à l'acquéreur de b. f. un argument de texte positif tiré des développements symétriques de Gaius et d'Ulpien sur les acquisitions faites par l'intermédiaire de l'esclave qu'on a in bonis et sur celles faites par l'esclave qu'on possède de b. f.

Gai. 2,88.91.92².

Ulp. 19,20.21.

Gaius et Ulpien disent tous deux que l'esclave qu'on a in bonis acquiert tout pour le propriétaire bonitaire et n'acquiert rien pour celui qui n'a que le nudum i. Q. ; tandis que l'esclave possédé de b. f., 'siue liber siue alienus seruus sit', n'acquiert qu'en vertu de deux causes

1. Lenel, *Pal.*, ad h. 1.

2. Comp. I. (2, 9) 4 ; D. (41, 1) 10 §§ 3.4 ; D. (41, 2) 49 pr

pour le possesseur de b. f., et acquiert en vertu de toutes les autres causes pour lui-même ou pour son maître véritable ¹.

Ce langage est difficilement conciliable avec l'idée qu'on a la propriété prétorienne même quand on a acquis a non domino par un mode prétorien ². Il faudrait en effet admettre que les deux jurisconsultes en parlant d'esclaves possédés de b. f., ont entendu parler d'esclaves qu'on possède de b. f. sans titre, à l'exclusion des esclaves qu'on possède de b. f. avec titre et à l'égard desquels on aurait la propriété prétorienne; il faudrait admettre en outre que les deux jurisconsultes regardaient ces derniers comme étant des esclaves in bonis et non seulement des esclaves possédés de b. f. Cela est peu vraisemblable, et le texte suivant qui est la suite du commentaire de Gaius, condamne cette supposition :

Gai. 2,93.

Gaius parle du cas où le possesseur de b. f. acquiert l'esclave par usucapion : c'est la preuve que le b. f. possesseur dont il s'occupe plus haut n'est pas exclusivement le possesseur de b. f. sans titre, qui ne peut usucaper, mais aussi le possesseur de b. f. avec titre, lequel peut usucaper.

En un mot Gaius et Ulpien opposent tous deux le 'b. f. possessor in causa usucapiendi' et le propriétaire boni-

1. Comp. D. (41, 1) 19.21.23.40.43 pr. 49.54.57; C. (3,32) 1.

2. Voy. Brezzo, p. 271, n. 1 : sa citation I. (2, 1) 35 est inexacte ; Bonfante, p. 96.

faire ; c'est donc que celui qui a acquis a non domino n'est pas placé dans la même catégorie que celui qui a acquis du uerus dominus. C'est aussi la preuve décisive de l'inexactitude de la théorie Brinz-Appleton.

16. — L'acheteur au comptant, nous dit-on, qui a reçu tradition de la chose sans en payer le prix et sans qu'on lui ait fait crédit, possède la Publicienne :

Gai. 7 ad ed. prou. D. (6,2) 8. Lenel 157.

Bas. (15,2) 8.

Le fr. de Gaius se rapportant à l'édit 'de Publiciana in rem actione', M. Appleton admet avec l'opinion dominante en Allemagne¹ que le paiement du prix n'était pas exigé pour la Publicienne². Donc le vendeur qui a livré avant le paiement du prix reste propriétaire, et il est muni de la revendication. Celle-ci, il est vrai, échouera dans la plupart des cas, mais non pas toujours :

Ulp. 76 ad ed. D. (21,3) 1 § 5. Lenel 1676 :

si quis rem emerit, non autem fuerit ei tradita, sed possessionem sine uito fuerit nactus, habet exceptionem contra uenditorem, nisi forte uenditor iustam causam habeat, cur rem uindicet: nam et si tradiderit possessionem, fuerit autem iusta causa uindicanti, replicatione aduersus exceptionem utetur.

1. Vangerow, Windscheid, Unterholzner, Sell (cités par Appleton, 1, p. 217, n. 1).

2. Pellat, *Propri. et usufr.* ², 1853, p. 522 : 'Cette conclusion conjecturale que Gaius tire du silence de l'Edit au sujet du paiement du prix, était-elle bien la décision à laquelle il s'arrêtait ? Il est permis d'en douter d'après la manière dont il s'exprime'.

Ainsi donc le vendeur reste dominus e. i. Q., et ne transfère à l'acheteur qu'une propriété prétorienne relative, puisqu'elle n'est opposable qu'aux tiers.

Ce raisonnement ne nous convainc pas ; il renferme un véritable *ὕστερον πρότερον*. Que l'acheteur dont il s'agit ait la Publicienne, on peut l'admettre, encore que la chose soit vivement contestée, mais que cet acheteur ait l'in bonis, c'est ce que les textes ne disent pas. Pour M. Appleton, il est vrai, avoir la Publicienne c'est avoir la propriété prétorienne, mais c'est précisément ce qu'il ne nous paraît pas avoir suffisamment établi.

17. — Enfin, le dernier exemple cité par M. Appleton est celui du donateur à cause de mort, sous condition résolutoire, qui redevient propriétaire prétorien après l'arrivée de la condition, mais dont la propriété n'est opposable qu'au donataire et à ses ayants-cause à titre onéreux (et de bonne foi). Le texte fondamental est le célèbre fr. :

Ulp. 17 ad ed. D. (39, 6) 29. Lenel 587 ¹.

D'après l'opinion générale, l'actio in rem dont parle Ulpien est la rei vindicatio ; pour Schulin, suivi par M. Appleton, cette actio in rem serait la Publicienne ².

.. Nous ne saurions partager cette doctrine : il nous sem-

1. Cf. Pellat, p. 280 et ss.

2. Schulin, *Ueber einige Anwendungsfälle der Publ. in rem actio*, 1873, p. 56 et ss. ; *Ueber Resolutivbedingung u. Endlemine*, 1875, p. 80 et ss., comptes-rendus de Hölder, *Krit. Vjschr.*, 18, 1876, p. 175 et ss., et Wendt, *Jena'er Lit = Ztg.*, 1876, p. 140 ; Cohen, *Lehre des röm. Rechts von der Schenkung von Todeswegen* (Inaugural-Dissert.), 1878. — Voy. aussi Brezzo, *R. U. utilis*, 1889, p. 186 et ss., compte-rendu de Krüger, *Z. S. St.*, 12, 1891, p. 163 et ss.

ble difficile, en effet, que le donateur puisse se fonder sur sa possession antérieure, puisqu'il s'en est volontairement dépouillé ; et l'on ne lève nullement la difficulté en supposant qu'après la réalisation de la condition le demandeur a repris possession de la chose, car la Publicienne exige généralement une possession réelle, et non pas fictive ¹.

Admettons néanmoins — pour les besoins de la discussion — que l'actio in rem désigne la Publicienne. La doctrine d'Ulpien ainsi comprise, nous dit-on, offre cet avantage de maintenir, malgré la révocation de la donation, les droits concédés aux tiers de bonne foi qui ont traité à titre onéreux avec le donataire ; ces tiers, en effet, 'certant de damno uitando'.

Mais la distinction proposée par M. Appleton entre les ayants-cause à titre gratuit et les ayants-cause à titre onéreux est une simple hypothèse, et qui est même peu vraisemblable, car on ne trouve nulle trace de cette distinction dans aucun des textes qui attribuent l'in rem actio à l'auteur d'une aliénation résolue ².

Pour justifier sa distinction, M. Appleton suppose que l'aliénateur exerçant la Publicienne repoussera l'exception iusti dominii par la réplique de dol, laquelle ne serait opposable qu'à certains ayants-cause.

Admettons que l'aliénateur puisse exercer la Publicienne

1. En ce sens : Brezzo, *Archivio*, 43, 1889, p. 290 ; cf. Windscheid, *Pand.*⁹, 1, p. 1018.

2. V. Audibert, *N. R. H.*, 1890, p. 291.

et repousser l'exception *iusti dominii* par une réplique ; sera-ce la réplique de dol ? ' Ma non si comprende — dit Brezzo — come si possa riscontrare il dolo in colui, che all' avversaria domanda in petitorio oppone la proprietà che attualmente gli spetta ' 1'

Il semble qu'il serait plus conforme à la pratique de recourir à une réplique in factum opposable à toute personne : tel était par exemple le caractère de l'exception rei venditae et traditae accordée à celui qui avait reçu tradition d'une res Mancipi : on ne voit pas pourquoi la réplique donnée au donateur, après l'arrivée de la condition, n'aurait pas eu le même caractère 2.

Et si l'on nous dit que le prêteur avait cherché à mettre à l'abri des causes d'éviction les tiers acquéreurs de bonne foi, on peut répondre que c'est là une préoccupation qui n'apparaît nullement dans l'organisation du droit réel prétorien d'hypothèque 3 ni dans celle de l'institution prétorienne de l' ' in integrum restitutio ' 4.

III

18. — Concluons.

Dans le long cours des siècles écoulés de la fondation de Rome et jusqu'à Justinien, la propriété, comme la plupart des institutions fondamentales, a subi nécessairement des

1. Brezzo, p. 290.

2. Audibert, p. 291.

3. Audibert, p. 291 ; Erman, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 215, n. 1.

4. Voy. Girard, *Manuel* 5, p. 1064, n. 1 et les citations.

changements et des transformations profondes qui l'ont mise en harmonie avec les autres institutions.

Après avoir connu les formes primitives de propriété que l'on retrouve chez la plupart des peuples, la société romaine s'est élevée de bonne heure à la conception d'une propriété privée individuelle. — Celle-ci, unique au début, vit naître d'autres formes de propriété qui loin de la supplanter, coexistèrent à côté d'elle. Mais du moins la propriété relative, qui existe chez nous, prétend-on, par suite de la loi du 23 mars 1855, sans que la possession se confonde avec la propriété, et qui pourrait exister ailleurs, a-t-elle été inconnue par le droit romain.

CHAPITRE II

LA REI UINDICATIO PAR LA LEGIS ACTIO SACRAMENTO.

I

19. — Il est peu de questions en droit romain sur lesquelles les divergences d'opinion soient aussi profondes que sur la vieille procédure de l'actio sacramento in rem ¹. On ne s'accorde ni sur son caractère, ni sur ses particularités. Ce n'est pas pour nous surprendre : nous n'avons pour nous guider en une matière aussi vaste que quelques textes épars, tout à fait insuffisants, et qui posent des questions plutôt qu'ils ne les résolvent. Aussi est-on réduit à des hypothèses. Celles-ci sont nombreuses, et c'est parfois une question de psychologie rétrospective que de choisir parmi elles la plus vraisemblable ².

1. Les expressions actio sacramenti et actio sacramento sont également employées, la première surtout en France, la seconde surtout en Allemagne. Si nos préférences vont à la dernière expression, c'est à cause du sens particulier qu'y prend le mot actio.

2. V. entre autres : Jöcher, *De ritu uindictiarum apud Romanos*, Lips. 1723 ; Schreiter, *Sacramentorum in ueteris Romae iudiciis sollemnium antiquitates*, Lips. 1740. — Savigny, *Ueber die lis uindictiarum u. über das Verhältniß derselben zu den Interdicten*, Z. G. R., 3, 1817, p. 421 et ss. ; Asverus, *Ueber die l. a. sacr.*, 1837, complérendu de Huschke, *Krit. Jahrb. für deutsche Rwissenschaft*, 6, 1839, p. 665 et ss. ; Lotmar, *Zur l. a. sacr. in rem*, Habilitationsschr., 1876, comptes-rendus de Bekker, *Iena'er Lit.* = *Ztg.*, 1876, p. 794

20. — Sous la procédure des *legis actiones* la revendication s'intentait dans la forme du *sacramentum* qui était la *legis actio generalis* ; c'est qu'en effet dans toutes les affaires pour lesquelles la loi n'avait pas prescrit d'agir autrement, on agissait *sacramento* ¹.

Comme l'action était essentiellement réelle, c'est-à-dire qu'elle était dirigée contre la chose elle-même, et que d'autre part les Romains du temps des Douze-Tables, semblables en cela à la plupart des peuples primitifs, étaient incapables d'abstraction ², il fallait pour l'accomplisse-

et ss., et Eisele, *Krit. Vjschr.*, 19, 1877, p. 512 et ss. ; Brinz, *Zur Contravindic. in der l. a. sacr.*, Münchner Festg. an Spengel, 1877, compte-rendu dans *Zarncke's Central = Bl.*, 1878, p. 256 ; Lotmar, *Krit. Studien in Sachen der Contravindic.*, 1878, comptes-rendus de Merkel, *Jena'er Lit. = Ztg.*, 1878, p. 609, et dans *Zarncke's Central = Bl.*, 1879, p. 16 ; Münderloh, *Ueber Schein u. Wirklichkeit an der l. a. sacr. in rem*, *Z. R. G.*, 13, 1878, p. 464 et ss. ; Roth, *Beitr. zur Lehre von der l. a. sacr. in rem*, *Z. S. St.*, 3, 1882, p. 121 et ss. ; Fioretti, *L. a. sacr.*, 1883, compte-rendu *Krit. Vjschr.*, 26, 1884, p. 115 et ss. ; Bechmann, *Studie im Gebiete der l. a. sacr. in rem*, *Festschr. der Münchner Juristen-Facultät für Windscheid*, 1889, compte-rendu de P. Krüger, *Z. S. St.*, 10, 1889, p. 167 et ss. ; Pflüger, *Die l. a. sacr.*, 1898, compte-rendu de Bernhöft, *Krit. Vjschr.*, 6 (42), 1900, p. 236 et ss. — Van Hasselt, *De l. a.*, 1824 ; Olsen, *De l. a.*, 1825 ; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, 1, 1864 ; Eck, *Die s. g. doppel. Klagen*, 1870, compte-rendu de Göppert, *Krit. Vjschr.*, 14, 1872, p. 532 et ss. ; Bekker, *Aktionen*, 2 vol., 1871-1873 ; Karlowa, *Legisact.*, 1872 ; Padelletti, *Le l. a.*, *Archivio*, 17, 1876, p. 321 et ss. ; Jobbé-Duval, *Etudes sur l'hist. de la procéd. civ. chez les Romains*, 1, 1896. — Brisson, *De uerb. quae ad ius pertinent sign.*, Lips., 1721, u^{is} conserere manum, sacramentum ; Pauly, *Real-Encyc.*, u^{is} legis actio, sacramentum, uindicatio ; Cuq, u. sacramentum, chez Daremberg et Saglio, *Dict. d'Antiq. grec. et rom.* ; Heumann-Seckel, *Handlex. zu den Quellen des röm. Rechts* ³, 1907, u. sacramentum. — Girard, *Manuel* ⁴, 1911, p. 335 et ss. ; et p. 988 et ss.

1. Gai. 4, 13.

2. On peut même noter avec Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, 1,

ment du rituel de la legis actio que la chose fût présente devant le magistrat ¹. C'était là une procédure in ipsam rem dans laquelle il n'entrait aucun élément personnel : le plaideur ne se plaignait pas du tort que lui causait son adversaire ; il ne niait pas non plus le droit de ce dernier ; aussi avec juste raison peut-on dire de cette procédure : non personam obligat, sed rem persequitur ².

21. — Si l'objet du litige était une chose mobilière, d'un transport facile (mobilia et mouentia), on l'apportait devant le magistrat ³ : il est vraisemblable de penser

p. 126, n. 4, que les Romains n'avaient pas encore de mot pour désigner la propriété en tant que notion abstraite. Cela ne veut nullement dire d'ailleurs qu'ils n'en avaient pas une idée aussi nette que plus tard, à l'époque classique par exemple : 'es muss behauptet werden, dass das römische Volk schon damals den Begriff des Eigentums mit derselben Schärfe erfasst hat, wie später', Karlowa, *Legisact.*, p. 86.

1. Cf. Siber, *Passivlegitimation bei der R. U.*, 1907, p. 1 et ss., compte-rendu de Kübler, *Z. S. St.*, 29, 1908, pp. 481-489.

2. C. (8, 31 (32)) 2. — Cf. Wlassak, chez Pauly-Wissowa, *Realencyc.*, u. actio, pp. 314-316, et les auteurs cités ; Cuénot, *De la sentence du juge et de sa réalis. dans l'a. sacr. in rem*, *N. R. H.*, 1893, p. 339 ; Jobbé-Duval, *Etudes sur l'hist. de la procéd. civ. chez les Romains*, 1, p. 310 et ss. — Remarquons qu'à l'encontre du droit romain, c'est d'un tort qui lui est causé que se plaint le demandeur dans le très ancien droit germanique : Grimm, *Deutsche Rechtsaltert* ⁴. (Heusler et Hübner), 1, 1899, p. 47 :

Langob. formeln enthalten häufig folgende : malo ordine tenes terram illam ; malo ordine te subtraxisti de seruitio meo ; malo ordine tulisti chartam.

Et le défendeur répond habituellement : de torto me adpellasti (1, p. 48). On rencontre aussi (1, p. 5) :

Malo ordine habere et detinere ; contra lege et malo ordine introiuit res nostras.

V. aussi 2, p. 489.

3. Gai. 4, 16.

que le soin en incombait au défendeur, et que ce n'est que lorsque celui-ci ne satisfaisait pas à son obligation, que le demandeur se chargeait de l'opération ¹. On remarque une certaine analogie pour l'in ius uocatio ²:

XII tab. I : SI IN IUS UOCAT, [ITO]. NI IT, ANTESTAMINO :

IGITUR EM CAPITO. SI CALUITUR PEDEMUE STRUIT, MANUM
ENDO IACITO.

Aussi ne saurions-nous partager l'opinion de certains auteurs qui, comme Bechmann, admettent 'dass es Sache des Vindicanten war, sich die Sache selbst zu verschaffen, auf welche Weise immer dies möglich war ; insbesondere war zu diesem Zwecke auch Gewalt erlaubt ; man muss sich nur, um diese Behauptung zu würdigen, lebhaft in die Zeit versetzen, welche einen Besitzerschutz noch nicht gekannt hat ; ist der Besitz nicht geschützt, so ist eben umgekehrt Gewalt gegen denselben statthaft' ³.

En effet, s'il est vrai que la possession en tant que telle ne reçoit pas encore de protection, par contre en tant que

1. Plus tard — de même que pour l'in ius uocatio : D. (2, 5) 2 § 1 — on créa une action pénale contre le récalcitrant :

Ulp. D. (2, 3) 1 § 1 : is uidetur ius dicenti non obtemperasse, qui quod extremum in iurisdictione est non fecit : ueluti si quis rem mobilem uindicari a se passus non est, sed duci eam uel ferri passus est.

L'a. ad exhibendum, quand elle fut créée (Girard, *Manuel*^s, p. 634 n. 2) eut aussi pour effet de faciliter au propriétaire la revendication de sa chose : D. (10, 4) 1. — Cf. Wetzell, *Vindicationspr.*, 1845, p. 13 et ss. ; Bethmann-Hollweg, 1, p. 128.

2. Cf. Girard, *Hist. de l'org. jud. des Romains*, 1, 1901, p. 72 n. 1 ; Dernburg, *Pand*^s. (Sokolowski), 1, 1910, p. 227.

3. Bechmann, p. 12.

manifestation du droit de propriété elle se trouve protégée aussi énergiquement que celle-ci, et nous savons de plus que les Douze-Tables ainsi que des lois postérieures, punissaient déjà certains dommages contre les biens et qui ne rentraient ni dans la notion de l'iniuria ni dans celle du furtum ¹. — Quant au procès de Virginie, auquel on pourrait peut-être penser, il prouve seulement que le maître qui rencontrait son prétendu esclave sur la voie publique, avait le droit de l'emmener devant le tribunal du magistrat ². Dans notre cas d'ailleurs le prétendu maître n'aurait pu faire autre chose, car Tite-Live nous apprend que le père de Virginie était absent ³, et d'autre part nous savons que c'est l'adsertor qui était le défendeur dans les procès relatifs à la liberté.

22. — Si le litige portait sur un fonds ⁴, comme l'action était dirigée 'contre la chose' elle-même et que de plus il importait de s'assurer non seulement de son identité, mais aussi de son contenu, le rituel du sacramentum devait s'accomplir sur le fonds litigieux lui-même ⁵. Les

1. Ulp. D. (9, 2) 1 pr. : lex Aquilia omnibus legibus, quae ante se de damno iniuria locutae sunt, derogavit, siue XII tabulis, siue alia quae fuit.

2. Liu. 3, 44 : Virgini uenienti in forum... minister decemuiri libidinis manum iniecit serua sua natam seruamque appellans, sequique se iubebat : cunctantem ui abstracturum.

3. Liu. eod. : quod pater puellae abesset, locum iniuriae esse ratus.

4. Cf. Karlowa, *Legisact.*, p. 77 et ss.

5. Comp. l. Alaman. 87 (éd. Pertz) :

Si quis contentio orta fuerit inter duas genealogias de termino terrae eorum, unus hic est noster : ibidem praesente sit homo

parties comparaissaient donc in iure, et là, devant le magistrat, elles se provoquaient réciproquement à aller sur les lieux pour y procéder aux formalités prescrites : leurs témoins ainsi que le préteur les y suivaient. — C'est ainsi que les choses se passaient au temps des Douze-Tables ¹.

23. — Mais le territoire s'agrandit, les procès augmentent, la compétence du préteur s'élargit et cette procédure primitive devint d'une application trop difficile. Les plaideurs suivis de leurs témoins se rendaient encore sur le fonds — mais sans être accompagnés du préteur — et ils en rapportaient une motte de terre (gleba) ² : la uindicatio au lieu de s'exercer sur le fonds lui-même, ne s'exerçait plus que sur cette motte qui était censée représenter l'objet du litige ³.

de plebe illa, ponat signum ubi isti uoluerint terminos et gerint ipsa contentionem. postquam girata fuerit, ueniant in medium et de praesente comite tollant de ipsa terra, quod tollat, et illa genealogia, qui contendunt, leuent illa terra praesente comite et comendent in sua manu : ille inuoluat fanonem et ponat sigillum, comendit ad fidele manu usque ad studio. tunc spondeant inter se pugna duorum. quando parati sunt ad pugnam, ipsa terra in medio ueniat et tangant ipsa cum spatias suas qui pugnare debunt, et testificent Deum creatorem, et cui sit iustitia illi donet uictoria, et pugnent.

V. Jöcher, p. 35 ; Asverus, p. 8 ; Jobbé-Duval, *Etude hist. sur la revendic. des meubles en dr. français*, 1880, p. 54, n. 2, et *Hist. de la procéd. civ. chez les Rom.*, 4, p. 375 et ss.

1. Gell. 20, 10, 8 : correptio manus in re atque in loco praesenti apud praetorem ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est : SI QUI IN IURE MANU CONSERUNT. — Cf. Bechmann, § 15.

2. Fest. u. uindiciae : uindiciae olim dicebantur [glebae] illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant. — Cf. Savigny, *Z. G. R.*, 3, 1817, p. 423.

3. Gai. 4, 17 ; Gell. 20, 10, 9 : sed postquam praetores propagatis

24. — Plus tard enfin la procédure fut encore simplifiée. Les plaideurs après s'être entendus au préalable, prenaient soin d'apporter le jour de leur comparution in iure une motte de terre ou tout autre objet devant servir à la vindicatio, et la déposaient non loin du tribunal du prêteur : puis, se rendant devant le magistrat, le demandeur décrivait le fonds litigieux :

FUNDUS QUI EST IN AGRO QUI SABINUS UOCATUR EUM EGO
EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIO ¹,

et invitait le défendeur à le suivre sur les lieux :

INDE ² IBI EGO TE EX IURE MANUM CONCERTUM UOCO ³.

Le défendeur répondait :

Italiae finibus datis iurisdictionibus negotiis occupati proficisci vindiciarum dicendarum causa (ad) longinquas res grauabantur, institutum est contra XII tabulas tacito consensu, ut litigantes non in iure apud praetorem manum consererent, sed 'ex iure manum consortum' uocarent, id est alter alterum ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, uocaret atque profecti simul in agrum, de quo litigabatur, terrae aliquid ex eo, uti unam glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto agro vindicarent.

1. Comp. C. I. L. 2, 5042 (Girard, *Textes*³, p. 787) :

Dama L. Titi ser(uus) fundum Baianum, qui est in agro qui ||
Ueneriensis uocatur, pago Olbensi,...

2. Cf. Karlowa, p. 78 et ss.

3. Cf. Gell. I. c. ; Prob. 4, 4 : E. I. M. C. U. ex iure manum consortum uocauit.

Ennius ap. Gell. 20,10,4 (v. aussi Cic. *ad fam.* 7,13,2) :

Pellitur e medio sapientia, ui geritur res ;

Non ex iure manum consortum, sed magis ferro

Rem repetunt regnumque petunt, uadunt solita ui.

Gell. 20,10,10 explique ces vers : Ennius significare uolens non, ut ad praetorem solitum est, legitimis actionibus neque ex iure manum consortum, sed bello ferroque et uera ui atque solida... ;

UNDE TU ME EX IURE MANUM CONSERUTUM UOCASTI, INDE
IBI EGO TE REUOCO.

Sur quoi le prêteur :

SUIS UTRISQUE SUPERSTITIBUS ¹ PRAESENTIBUS ISTAM
UIAM DICO : ITE UIAM.

quod uidetur dixisse conferens uim illam ciuilem et festucariam,
quae uerbo diceretur, non quae manu fieret, cum ui bellica et
cruenta.

Uarr. *de L. L.* 6, 64 : sic conserere manu dicimur cum hoste ; sic
‘ ex iure manu(m) consertum ’ uocare ; hinc adserere manum in
libertatem cum prendimus.

Plaut. *Mil.* 1, 1, 1 :

Curate ut splendor meo sit clipeo clarior,
Quam solis radii esse olim quom sudumst solent :
Ut, ubi usus ueniat, contra conserta manu
Praestringat oculorum aciem in acie hostibus.

Cic. *de orat.* 1, 40, 41 : te ex iure manum consertum uocarent.

Ouid. *fast.* 3, 282 : et cum ciue pudet conseruisse manus.

Lact. *inst.* 1, 1 (éd. Brandt et Laubmann, p. 4, l. 7) : diuinas ins-
titutiones litteris persequemur, in quibus non de stillicidiis aut
aquis arcendis aut de manu conserenda, sed de..... loquemur.

Hieronym. *comment. in epist. ad Ephesios, prol.* (éd. Migne, 7,
p. 439) : numquid te manu conserta in ius traho, quia nostra
non scribas ?

Puchta, *Inst.* ²⁰ (Krüger), 1, p. 470 : ‘ Man hat behauptet, der l. a.
sacr. habe ursprünglich ein wirklicher Zweikampf vor Gericht zu
Grunde gelegen, der nachher in ein nur scheinbares Handgemein-
werden übergegangen sei (Asverus, *Ueber die l. a. sacr.*, p. 37, et
Die Denunciation d. Römer, 1843, p. 149 et ss. ; Huschke, *Krit.
Jahrb. für deutsche Wissen.*, 6, 1839, p. 665 et ss.)... Man hat jene
Vorstellung auf die ganze l. a. durch die Herbeiziehung des alten
Soldateneids übertragen wollen ; wie durch dieses Sacramentum
das Haupt des Streiters im Feld, so sei dort das des Streiters auf
der Gerichtsstätte den Göttern geheiligt worden. Dies scheint mir
eine traumartig mengende Phantasie’. — Cf. Brisson, *de verb. sign.*,
u. conserere manum ; *Thesaurus ling. lat.*, Lips. 1906-1909, u. con-
sero. ; Bethmann-Hollweg, 1, pp. 423. 434 ; Karlowa, p. 77 et ss. ;
Münderloh, p. 445 et ss. ; Baron, *Inst. u. Civilpr.*, 1884, p. 386 ;
Krüger, *Z. S. St.*, 10, 1889, p. 173.

1. Fest. u. superstites : superstites ‘ testes praesentes ’ signifi-

Les deux parties s'en allaient avec leurs témoins et apportaient la motte de terre qu'elles avaient placée près du tribunal, aussi le préteur leur ordonnait-il aussitôt :

REDITE VIAM ¹,

et la revendication s'exerçait sur la motte de terre ².

25. — De même si la chose mobilière était de nature telle qu'elle ne pût être commodément apportée ou amenée devant le magistrat, par exemple si c'était une colonne ou un troupeau, le magistrat, les plaideurs et leurs témoins se rendaient primitivement sur les lieux ; plus tard, prenant quelque partie de la chose on l'apportait in ius, et la revendication se faisait sur cette partie, comme si toute la chose eût été présente ³.

II

26. — Une fois apportée devant le magistrat, la chose litigieuse faisait l'objet des vindicationes des plaideurs. Le jurisconsulte Gaius nous a retracé en quelques lignes le schéma de cette procédure ⁴, mais son récit n'étant mal-

cat, cuius rei testimonium est, quod ¹ superstitibus praesentibus ² ii, inter quos controuersia est, vindicias sumere iubentur. Seru. in *Aen.* 3, 339 : superstes praesentem significat.

Isid. *Or.* 18, 15 : testes antiquitus superstites dicebantur, eo quod super statum causae proferebantur.

1. Cic. *pro Mur.* 12, 26. — Cf. Bechmann, § 15.

2. Cf. Meier-Schömann, *Der attische Pr.*, 1883-1887, 2, p. 476 et ss.

3. Gai. 4, 17. — Cf. Pampaloni, *Sulla vindic. gregis in dir. rom.*, *Riv. Ital.*, 10, 1890, pp. 268-297 ; Girard, *Manuel* ⁵, p. 989 n. 6.

4. Gai. 4, 16.

heureusement pas assez explicite, de graves difficultés s'élèvent à chaque pas.

Et tout d'abord quel était le plaideur qui ouvrait le feu des débats? Était-ce celui qui avait pris l'initiative du procès, Aulus Agerius, — ou bien celui contre qui le procès se poursuivait, Numerius Negidius?

C'est là une question préalable que nous n'avons vue posée pour ainsi dire nulle part ¹, peut-être parce qu'on estime qu'elle ne se pose pas; aussi enseigne-t-on quasi unanimement que c'est A^s A^s qui prononçait le premier la formule solennelle *HANC EGO REM REL.*

27. — C'est une conjecture. Du texte de Gaius on ne peut rien conclure, car il nous parle de 'celui qui uindicabat', 'qui prior uindicabat', et de 'ille', de l' 'aduersarius' ²; or, ce ne sont pas là des dénominations spécifiques, ayant un sens juridique précis, et qui ne peuvent s'appliquer exclusivement qu'à l'un des plaideurs. En effet, chacun d'eux uindicabat; ille c'est 'l'autre'; quant à l'aduersarius, c'est un terme relatif qui en soi manque de toute précision quand on parle de deux personnes 'qui inter se contendunt'; pour A^s A^s l'adversaire c'est N^s N^s, et pour ce dernier c'est A^s A^s. Or, quel est celui des deux qui est visé par Gaius?

28. — On pourrait dire qu'il est conforme à la vraisem-

1. Cf. Roth, p. 130 et ss.

2. Gai. 4, 16: ...qui uindicabat ...aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat ...qui prior uindicauerat ...ille respondebat ...qui prior uindicauerat ...aduersarius...

blance que ce soit le demandeur qui parle le premier ; puisque c'est lui qui a pris l'initiative du procès, n'est-ce pas aussi à lui à exposer ses prétentions en premier lieu ? D'ailleurs, dans les deux seuls autres cas où Gaius nous parle de l'actio sacramento — à propos de l'adoption ¹ et de l'in iure cessio ² — c'est le demandeur qui agit le premier. Pourquoi en serait-il autrement au § 16 du Comm. III ?

29. — Ces raisons ne sauraient entraîner notre conviction. En effet, l'actio sacramento n'est pas un iudicium simplex au vrai sens du mot, c'est-à-dire une action dans laquelle il y a dès le début un demandeur et un défendeur ; ce n'est pas non plus un iudicium duplex, comme on l'admet dans l'opinion dominante, c'est-à-dire une procédure où les deux parties jouent à la fois le rôle de demanderesse et de défenderesse. — Lorsque l'action débute, les deux plaideurs sont mis sur un pied de parfaite égalité : aucun

1. Gai. 1, 134 : deinde aut (filius) patri remancipatur, et ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse, et illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur ; aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is qui adoptat apud quem in tertia mancipatione est.

2. Gai. 2, 24 (= Boeth. in Cic. Top. 3, 5, 28, Orelli 5¹, p. 322) : in iure cessio autem hoc modo fit : apud magistratum populi Romani, veluti praetorem, is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM E. I. Q. M. E. A. ; deinde postquam hic vindicauerit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet ; quo negante aut tacente tunc ei qui vindicauerit, eam rem addicit.

Comp. Ulp. 19, 9 : (in iure cessio) fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis. 10. in iure cedit dominus ; vindicat is cui ceditur ; addicit praetor.

d'eux n'est en possession de la chose ¹, et comme le remarquait excellemment Du Roi 'im Anfange beide Parteien (traten) als Kläger auf, weil nach der Idee des Vindicationsverfahrens keiner die Sache in Händen hatte, sondern diese frei im Gerichte lag und von dem Einen so gut als von dem Andern vindicirt wurde' ². Il y a donc deux demandeurs, mais il n'y a pas encore de défendeur, ou si l'on préfère, le défendeur c'est 'tout le monde' ³. Nous avons là l'échantillon le plus pur de l'action réelle correspondant au droit réel, c'est à-dire au droit qui est opposable non pas à une personne déterminée, mais à tout le monde. — Cependant après, par suite de la provocation au sacramentum, l'action devient un iudicium simplex, et cela au vrai sens du mot, c'est-à-dire qu'il y a un demandeur qui doit prouver son droit et un défendeur qui n'a rien à prouver.

Dès lors quelle invraisemblance y a-t-il que ce soit le demandeur N^s N^s plutôt que le demandeur A^s A^s qui prenne la parole le premier ?

1. Arg. MITTITE AMBO HOMINEM : Gai. 4, 16.

2. Du Roi, *Bemerk. über actio in rem u. actio in personam*, Archiv, 6, 1823, p. 264. — V. aussi Zimmern, *Gesch. des röm. Privatrechts*, 3, 1829, p. 108 ; Wetzell, p. 45 et ss., p. 53 bas ; Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 18 ; Brinz, p. 125 et ss.

3. Karlowa, *Beitr.*, p. 53 : '...bei der alten Vindication die Rollen des petitor und possessor noch nicht so geschieden waren, wie bei den späteren Formen der in rem actio'. V. aussi *Legisact.*, § 9, p. 85. — Nous ne pouvons partager cette opinion : si les deux plaigneurs Eigentum behaupten, ce n'est pas parce que les rôles du petitor et du possessor n'étaient pas encore complètement différenciés, mais bien parce que l'action est essentiellement réelle. Nous y reviendrons.

Si d'autre part c'est le demandeur qui agit le premier dans l'actio sacramento, toutes les fois que celle-ci en vertu du célèbre ' Gesetz der juristischen Oekonomie ' de v. Ihering est détournée de son but pour faire arriver à des résultats divers ¹, cela n'a rien qui puisse nous surprendre. Il s'agit en effet d'une *lis imaginaria* où par hypothèse l'un des plaideurs est fermement décidé à entreprendre un procès fictif, et l'autre non moins résolu à ne pas se défendre, à ne rien faire, en un mot à ne pas concourir aux formalités de la *legis actio*. Dès lors il est évident que ce ne sera pas ce dernier qui prendra le premier l'initiative des débats.

Toute autre est la situation dans l'action décrite par Gaius au § 16 du Comm. IIII : il s'agit là d'un procès véritable dans lequel les deux plaideurs sont, par hypothèse, également décidés à agir.

30. — La question reste donc entière.

Quant à nous, nous inclinons à penser que l'actio sacramento comportait deux formulaires, l'un en usage surtout dans les procès fictifs, l'autre employé surtout dans les procès véritables ². Dans ces derniers cas c'était N^s N^s qui prenait la parole le premier : Gaius, 4, 16.

Cette conjecture ne contredit aucun texte, c'est là un

1. Affranchissement : Gai. 1, 18 ; émancipation : Gai. 1, 132 ; adoption : Gai. 1, 134 ; in iure cessio : Gai. 2, 24.

2. Surtout, donc pas nécessairement. Gai. 2, 24 : praetor interrogat eum qui cedit, an contra uindicet ; quo negante aut tacente... Donc, il suffit que celui qui cedit se ravise et contra uindicet, pour que le litige se poursuive sur ce premier formulaire.

point essentiel, et en explique quelques autres. De plus elle cadre mieux avec notre doctrine générale qui considère l'actio sacramento comme une action simple ¹. Ce dernier point — sur lequel nous nous écartons encore de la doctrine courante — n'est pas une conjecture, mais une conclusion qui nous paraît certaine car elle est fondée tant sur les textes que sur le raisonnement. Dans toute doctrine conséquente et qui admet que l'actio sacramento était un iudicium duplex — quelque chose de ressemblant aux actions familiae erciscundae, communi diuidundo, finium regundorum et aux interdits UTRUBI et UTI POSSIDETIS ² — on est obligé d'admettre la possibilité des deux sacramenta déclarés iniusta ³; or, c'est là, semble-t-il, une invention des interprètes modernes, car on n'en trouve nulle trace dans les textes, et de plus elle est contraire à quelques-uns. Nous y reviendrons.

Pour le moment, qu'il nous suffise de remarquer que nous ne voulons nullement justifier une hypothèse par une hypothèse, et qu'en tout cas, notre doctrine générale est indépendante du sort de cette conjecture.

Et maintenant voici quelques autres raisons qui viennent à notre appui :

1. On voit combien notre doctrine diffère de celle de Lotmar, par exemple, dont tous les efforts se portent sur la contra uindicatio du défendeur, et qu'il veut sans 'Eigentumsgegenbehauptung'. Sur ce dernier point, v. les justes remarques de Brinz.

2. Cf. Audibert, *Nouv. étude sur la formule des a. fam. ercisc. et comm. diuid.*, N. R. H., 1904, p. 402 et ss.

3. En ce sens Girard, *Manuel*⁶, pp. 337. 339.

I. Dans le *Rudens* de Plaute, — acte 4, scène 3¹ — nous voyons l'esclave Gripus qui, levé de bon matin, s'en va à la pêche et attrape... une valise. Elle est lourde : nul doute qu'elle contienne de l'or ; et notre Gripus, semblable à Pierrette, se voit déjà affranchi, ayant terres, maisons, esclaves, et un ' yacht ' pour se promener de ville en ville, comme Stratonicus.

Survient Trachalio, une manière de maître-chanteur, qui, témoin de cette pêche miraculeuse, se flatte de connaître le propriétaire de la valise, et propose le silence en échange d'une part de butin. Mais Gripus ne l'entend guère de cet oreille :

Ubi demisi rete atque hamum, quicquid haesit
extraho.

Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum
potissimumst.

A quoi l'autre répond :

Immo hercle haud est, siquidem quod uas excepisti.

Ne pouvant s'entendre, Trachalio propose de recourir à un arbitre : Gripus résiste ; menaces, injures. Mais Trachalio insiste : moi qui ai vu, dit-il, comment tu t'es emparé de la valise, ne serais-je pas impliqué dans le vol, tout comme toi ? Or, quo argumento socius non sum et fursum ?

GR. Nescio : neque ego istas uostras leges urbanas
scio,

Nisi quia hunc meum esse dico. TR. Et ego item esse
aio meum².

1. Cf. Costa, *Dir. priv. rom. nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 432 et ss. ; Roth, p. 137.

2. Plaut. *Rud.* 4, 3, 85-86.

Nous sommes en présence de la formule solennelle de l'actio per sacramentum, dont les termes sont rapportés avec un manque de respect très compréhensible chez un auteur comique. Or, celui qui le premier prend la parole c'est Gripus, c'est-à-dire N^s N^s, et non pas Trachalio, c'est-à-dire A^s A^s.

2. Dans le prologue de l'*Eunuque*, Térence nous parle d'une pièce, *Phasma*, où il s'agit d'un trésor au sujet duquel on fait plaider d'abord celui à qui on le réclamait, et prouver que ce trésor était bien à lui, avant que le demandeur eût établi ses droits à la propriété et expliqué comment le trésor avait été déposé dans le tombeau de son père :

Idem Menandri Phasma nunc nuper dedit
Atque in Thensauo scripsit, causam dicere
Prius unde petitur, aurum qua re sit suom,
Quam illic qui petit, unde is sit thensaurus sibi
Aut unde in patrium monumentum peruenerit¹.

3. Gaius, en décrivant la procédure de l'in iure cessio — lis imaginaria — nous dit² :

is cui res in iure ceditur rem tenens ita dicit :
HUNC EGO H. E. I. Q. M. E. A. ; deinde postquam hic
uindicauerit, praetor interrogat eum qui cedit, an
contra uindicet³.

Ainsi donc, dans les procès fictifs, le préteur demande au défendeur an contra uindicet. Nulle trace de cette in-

1. Ter. *Eun.* prol. 9-13.

2. Cf. Roth, p. 439.

3. Gai. 2, 24.

terrogation au § 16 du Comm. IIII. Voilà qui est étrange ! Car en effet, il ne faut pas perdre de vue que c'est à ce dernier endroit et non pas au § 24 du Comm. II que se trouve décrite d'une façon détaillée la marche de la procédure dans l'actio sacramento, Par conséquent, si le formulaire de cette action était unique, quand il s'agit d'un détail, sa place normale serait au § 16 du Comm. IIII et c'est là qu'il faudrait le chercher. Or voici précisément un détail mentionné à propos d'un procès fictif et qu'on ne retrouve pas quand il s'agit d'un procès véritable. Pourquoi ? Il y a à cela une bonne raison : c'est que le formulaire de l'action n'est pas unique, c'est qu'au § 16 du Comm. IIII c'est le défenseur qui parle le premier et que cela n'aurait aucun sens de lui demander après coup an contra uindicet ¹.

4. Une certaine confirmation de notre conjecture se trouve dans les *regulae* d'Ulpien :

(in iure cessio) fit per tres personas, in iure ceden-
tis, uindicantis, addicentis. in iure cedit dominus ;
uindicat is, cui ceditur ; addicit, praetor ².

Remarquez l'énumération des personnages : défendeur d'abord, demandeur ensuite.

30 bis. — On pourrait peut-être nous objecter que le grammairien Priscien, dans sa définition du terme uin-

1. Bechmann, p. 47, se fait l'interprète de l'opinion courante en disant que l'interrogation du magistrat zur Abkürzung des Verfahrens diene.

2. Ulp. 16, 9, 10.

dico, dit qu'il s'applique d'abord au laesus, et ensuite au laedens :

‘ uindico ’ quoque in utraque significatione inuenitur, tam pro laeso quam contra laedentem accipiendum ¹.

Le laesus, c'est le plaideur qui ne possède pas et qui revendique. — Cette objection est loin d'être décisive.

D'autre part notre illustre maître M. P. F. Girard a bien voulu nous faire remarquer qu'il est impossible de supposer que la fiction ait, quant à l'ordre de succession des discours des parties, différé de la réalité que sa seule raison d'être est de copier extérieurement le plus exactement possible.

Cette observation, à la vérité, nous paraît très juste ; mais peut-elle être invoquée contre nous ? Si l'on admet que l'actio per sacramentum comportait deux formulaires, pouvant être indifféremment employés, y a-t-il réellement invraisemblance à penser que l'usage de l'un de ces formulaires se soit surtout développé dans les procès réels, et l'usage de l'autre surtout dans les procès fictifs ?

III

31. — Lorsque la chose litigieuse avait été apportée devant le magistrat, N^s N^s tenant d'une main une baguette (festuca, uindicta) ² et de l'autre saisissant la chose, prononçait la formule solennelle :

1. Priscian. *grammat.*, *inst.* 18, 30, 292 (éd. M. Hertz).

2. Gai. 4, 46 : festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo

HANC EGO REM EX IURE QUIRITUM MEAM ESSE AIO. SICUT
DIXI, ECCE TIBI VINDICTAM INPOSUI.

Si l'objet de la vindicatio était un homme, alors la formule solennelle portait :

HUNC EGO HOMINEM E. I. Q. MEUM ESSE AIO¹ SECUNDUM
SUAM CAUSAM². SICUT DIXI³, ECCE TIBI⁴ VINDICTAM⁵ IN-
POSUI⁶.

quodam iusti domini; quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponebatur.

V. Gai. 2, 69; Dionys. 6, 32. 36; 8, 40. — V. aussi Plaut. *Mil.* 4, 1, 15; Pers. *sat.* 5, 175. — Cf. Bethmann-Hollweg, 1, p. 134, n. 18; Karlowa, *Legisact.*, p. 69, n. 2.

Boeth. in *Cic. Top.* 1 (5^t, p. 288) : vindicta uero est uirgula quaedam, quam licitor manumittendi serui capiti imponens eundem seruum in libertatem uindicabat, dicens quaedam uerba sollemnia.

Cf. aussi Mommsen, *Dr. public.*, trad. P. F. Girard, 2, p. 63, n. 2.

1. Comp. Gai. 1, 119; 2, 24.

2. SECUNDUM SUAM CAUSAM. Ces trois mots, avec l'unus casus de I, (4, 6) 2, ont beaucoup exercé la sagacité des interprètes. Puchta, *Inst.*¹⁰, 1, p. 472, note m, nous paraît avoir été le premier à percer cette énigme : 'Die Worte s. s. c. wurden wohl nur bei der Vindication eines Menschen gebraucht, weil dessen Vindication in verschiedenen Sinne vorkommen konnte : als eines Slaven, als eines Freien (in libertatem uindicatio), als eines filius in potestate L. 1 § 2 D. de R. U. (6, 1) : — adiecta causa'. — Il est suivi par Bechmann, § 8, p. 16. — On aurait pu s'en douter, car Gai. 1, 134 dit : is qui adoptat uindicat apud praetorem filium suum esse, ...uindicanti filius addicitur. — Cf. aussi Puchta, *Rhein. Mus.*, 2, 1828, p. 231 et ss. ; Heffter, *eod.*, 3, 1829, p. 222 et ss. ; Götting, *Gesch. der röm. Staatsverfassung*, 1840, p. 137 n. 5 ; Huschke, *Krit. Bemerk. zu Gai.*, Z. R. G., 7, 1868, p. 175 et ss. ; Unger, *Der Pr. mit dem Vindex bei d. Manus injectio*, *eod.*, p. 201, n. 19 ; Puntchart, *Entwickl. des grundsätz. Civilrechts d. Römer*, 1872, p. 240 et les renvois ; Karlowa, *Legisact.*, p. 71 et ss. ; Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, §§ 21-23 ; Münderloh, p. 464 et ss. ; Ihering, *Esprit*¹³, trad., 4, p. 100 et ss. ;

Keller-Wach. *Civilpr.*⁶, 1883, p. 66 n. 207; Voigt, *XII Taf.*, 1883, 1, § 61, p. 590 et ss., 2, p. 39 et ss.; Pflüger, p. 28 et ss.; Danz, *Sacr. Schutz*, 1857, p. 159 n. 3.

3. SICUT DIXI : 'conformément à ce que je viens de dire'. Ces deux mots n'ont rien de récapitulatif, et l'opinion de Bechmann, § 9, admettant une pause 'während deren sich etwas ereignete' nous paraît inadmissible, car les deux plaideurs prononçaient le même discours. En effet, même en admettant avec l'opinion courante que c'est A^s A^s qui prenait le premier la parole, comment admettre une pause dans la formule de N^s N^s qui 'eadem similiter dicebat et faciebat' ? — Cf. aussi Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 23.

4. Les auteurs se demandent si le 'tibi' s'adresse au préteur, à l'esclave ou à l'adversaire. Cf. Wetzell, p. 50; Bethmann-Hollweg, 1, p. 131; Karlowa, p. 71; Roth, p. 131; Bechmann, p. 19. — Cette question ne nous paraît pas présenter grand intérêt, parce que les mots 'ecce tibi' sont une expression essentiellement latine dans laquelle le mot 'tibi', purement supplétif, ne s'applique à personne. Comp. :

Cic. *de orat.* 2, 22, 94 : **ecce tibi** est exortus Isocrates.

id. *de off.* 3, 21, 83 : **ecce tibi**, qui rex populi Romani dominusque omnium gentium esse concupierit idque perfecit.

id. *pro Cluent.* 28, 75 : **ecce tibi** eius modi sortitio, ut in primis Bulbo et Staieno et Guttae esset iudicandum !

id. *pro Sest.* 41, 89 : **ecce tibi** consul, praetor, tribunus plebis noua noui generis edicta proponunt.

id. *in Pis.* 21, 48 : **ecce tibi** alter effusa iam maxima praeda, quam ex fortunis publicanorum, quam ex agris urbibusque sociorum exhauserat.

id. *Philip.* 11, 1, 2 : **ecce tibi** geminum in scelere par, inuisitatum, inauditum, ferum, barbarum.

id. *ad Att.* 2, 15, 3 : cum haec maxime scriberem, **ecce tibi** Sebosus !

id. *ad Att.* 7, 19 : **ecce tibi** III Nonas Febr. mane accepi litteras tuas, Philotimi, Furni, Curionis ad Furnium, quibus irridet L. Caesaris legationem.

On ne rencontre guère l'expression 'ecce tibi' dans le théâtre de Plaute, mais par contre on y trouve assez fréquemment l'expression équivalente 'em tibi' :

Asin. 5, 2, 30; *Aul.* 4, 4, 14; 4, 7, 11; *Capl.* 2, 3, 13; 3, 4, 8; 3, 4, 98; *Cas.* 2, 6, 53; *Curc.* 1, 2, 29; 1, 3, 39; 5, 2, 26; *Men.* 5, 7, 29; *Mil.* 2, 4, 12; 3, 3, 24; 5, 12; *Pers.* 4, 6, 23; *Poen.* 1, 2, 169; *Pseud.* 2, 4, 64; *Rud.* 5, 3, 1.

5. Prob. 4, 6 : s. s. c. s. d. e. t. u. secundum suam causam sicut dixi ecce tibi uindicta.

6. Gai. 4, 16.

et le touchait en même temps de la baguette ¹:

L'adversaire prononçait la même formule solennelle et accomplissait les mêmes rites que celui qui avait agi le premier (aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat) : c'est la contra uindicatio ² qui aboutit au manum conserere, cette 'uis ciuilis et festucaria' dont parle Aulu-Gelle ³. C'est que la revendication primitive est une action dans laquelle chaque partie se présentait comme demanderesse⁴;

1. Cf. Brinz, p. 100 et ss. ; Bechmann, p. 20 ; Jobbé-Duval, 1, p. 322 n. 1.

2. Contra veut dire 'à son tour', cf. Freund, *Diction*, h. u. ; contra uindicare (toujours en deux mots chez Gai.) veut dire revendiquer à son tour : il ne s'agit donc pas d'un terme ne pouvant s'appliquer exclusivement qu'à un seul plaideur. — Cf. Ihering, *Esprit* ³, 4, p. 90 n. 127 ; Brinz, pp. 143-144 et les renvois ; Pflüger, p. 25 n. 48.

3. Gell. 20, 10, 10.

4. Gai. 1, 134 ; 2, 24.

id. 4, 16 : — in iure uindicabantur — aduersarius eadem similiter dicebat et faciebat ; cum uterque uindicasset — illi mittebant — aduersarius quoque dicebat similiter.

id. 4, 148 = I. (4, 15) 4 : cum ab utraque parte de proprietate alienius rei controuersia est.

Plaut. *Rud.* 4, 3, 85-86 : GR. Nescio : neque ego istas uostras leges
urbanas scio,
Nisi quia hunc meum esse dico. TR. Et ego item esse aio
meum.

Cic. *pro Mur.* 12, 26 : cum hoc fieri bellissime posset : 'fundus Sabinus meus est' ; 'immo meus' ; deinde iudicium.

Gell. 20, 10, 9 : glebam, in ius in urbem ad praetorem deferrent et in ea gleba tamquam in toto agro uindicarent.

Hygin, *de gener. controu.* (éd. Blume, Lachmann, Rudorff, p. 129, l. 14) : sed tantum hunc locum hinc (Voigt, *XII Taf.*, 2, p. 43 n. 15 : meum) dico esse, et alter ex contrario similiter.

Priscian. *grammat.*, l. c.

Ps. Ascon. *in act. II in Uerr.*, 1, 26 (5^a, p. 164) : namque cum in rem aliquam agerent litigatores et poena se sacramenti pete-

cela tient d'abord au caractère essentiellement réel de l'action ¹, et ensuite à ce fait que l'affirmation solennelle d'un plaideur produisait effet par elle-même si elle n'était pas paralysée par une affirmation contraire de son adversaire ².

Après l'intervention du préteur qui mettait fin au simulacre de combat par un ordre de lâcher la chose :

MITTITE AMBO HOMINEM,

celui qui avait agi le premier requerrait son adversaire de lui dire pourquoi il avait revendiqué :

POSTULO³ ANNE DICAS QUA EX CAUSA UINDICAUERIS⁴,

et ce dernier répondait simplement :

rent.

Ulp. D. (6, 1) 9 : quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putauerunt hanc actionem (scl. R. U.) complecti, quae locum habet in interdicto UTI POSSIDETIS uel UTRUBI.

Sur la 'contra uindicatio' cf. les ouvrages cités de Lotmar et Brinz ; v. aussi Eck, § 2, p. 7 et ss., Ihering, 4, p. 89 et ss., Keller-Wach, *Civilpr.* ^o, p. 64 n. 204, Siber, p. 4 et ss.

1. Voy. p. 101.

2. Comp. XII tab. 3, 3 : NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO [IN IURE] UINDICIT, SECUM DUCITO.

L. Col. Gen. 61 : ni uindicem dabit iudicatumue faciet, secum ducito.

3. Sur le sens de 'postulo' (sommer, requérir), comp. Prob. 4, 7 : Q. I. I. T. C. P. A. F. A. quando in iure te conspicio, postulo, anne far (fias ?) auctor. — Girard, à son cours de *Pand.*, 1910-1911, explic. du titre de euict, et duplae stipul.

4. Comp. Cic. *pro Mur.* 12, 26. : SED ANNE TU DICIS QUA EX CAUSA UINDICAUERIS ? — Le mot 'causa' n'est pas pris ici dans le même sens que dans 'secundum suam causam' ; en effet, ces derniers termes ne se rapportent qu'à la revendication d'un homme ; de plus, si le mot 'causa' était pris dans le même sens dans les deux phrases, non seulement il y aurait tautologie, mais encore la réponse 'ius feci' sonnerait 'wie Spott und Hohn', ainsi que le remarque

IUS FECI SICUT UINDICTAM INPOSUI ¹.

On a pu remarquer jusqu'à présent un certain parallélisme dans les formules prononcées par les deux plaideurs : avec le *ius feci*, auquel nous attachons une importance décisive, ce parallélisme cesse ; l'action qui était double, en ce sens qu'il y avait deux demandeurs, devient simple ; les rôles se trouvent précisés et tous les débats vont porter maintenant sur le *ius feci* du défendeur ; par là se trouve aussi nettement indiquée la mission du juge : il aura à décider si le défendeur a revendiqué à tort ou à raison.

Celui qui avait agi le premier disait :

QUANDO TU INIURIA UINDICAUISTI, D [siue L] AERIS
SACRAMENTO TE PROUOCO ²,

et son adversaire lui répondait de même :

ET EGO TE ³.

Cela étant chaque plaideur versait anciennement d'avance ⁴, et plus tard promettait avec la garantie de cau-

Bechmann, p. 21. — Cf. aussi Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 24 ; Brinz, p. 105 et ss. ; Demelius, *Confessio*, 1880, p. 69 n. 2 ; Pflüger, p. 26. — Rabel, *Haftung d. Verkäufers wegen mangels im Rechte*, 1902, p. 12, traduit *POSTULO ANNE DICAS Q. E. C. U.* par 'ich frage dich, auf Grund welchen Titels (**Erwerbsgrundes**) du die **Contravindication** vollzogen hast.'

1. Cf. Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 25 ; Demelius, p. 69 et ss. ; Roth, p. 124 ; Bechmann, § 13.

2. Voy. Gai. 4, 14. 15. 16.

3. Gai. 4, 16. — Cf. Lotmar, *Stud. in Sachen der Contravindic.*, § 24.

4. Uarr. *de L. L.*, 5, 180 : ea pecunia quae in iudicium uenit in litibus, sacramentum a sacro ; qui petebat et qui infitiabatur, de aliis rebus uterque quingenos aeris ad pontem [cf. Schreiter, § 19, p. 68 ; Asverus, p. 28] deponebant, de aliis rebus item

tions (praedes sacramenti) une somme qu'il devait perdre si son affirmation avait été reconnue fausse¹.

Enfin, une dernière particularité était la uindiciarum dictio²:

Gai. 4, 16 : praetor secundum alterum eorum uindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constatuebat, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum.

Gai. 4, 94 : ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET UINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et uindicis, id est pro re et fructibus³, a possessore petitori

certo alio legitimo numero assum; qui iudicio uicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, uicti ad aerarium redibat.

1. L. Papiria ap. Fest. u. sacramentum (Girard, *Textes*³, p. 26); Gai. 4, 13. 16; Voy. renvois chez Girard, *Manuel*⁵, p. 989, n. 1.

2. Certains auteurs rapportent aux uindiciae de l'actio sacramento la deductio quae moribus fit dont parle Cicéron, *pro Caec.* 1, 7, 8, 10, 11, 32 et *pro Tull.* 20. La deductio servirait à désigner le possesseur et serait 'une sorte de règlement amiable de la distribution des rôles en vue du procès sur la propriété'. — Dans une autre doctrine la deductio serait 'comme un vestige de la legis actio elle-même qui aurait été conservé dans l'actio in rem per sponsionem'. — Un troisième système rapporte la deductio à la liaison du procès sur l'interdit *uti possidetis* (Gai. 4, 170). V. l'étude de Saleilles sur la *uis ex conuentu*, *N. R. H.*, 1892, pp. 243-313, et les renvois. — Une dernière doctrine, plus récente, rapporte la deductio à la liaison du procès sur l'interdit *undi ui.* Cf. Bögli, *Ueber Cicero's Rede für Caec.* (Beil. zum Jahresber. des Gymnas. Burgdorf 1905-1906); compte-rendu de Koschaker, *Z. S. St.*, 28, 1907, pp. 450-454; Chabrun, *La deductio q. m. f.*, *N. R. H.*, 1908, pp. 5-27.

3. Id est rei et fructuum; id est pro re et fructibus sont l'explication personnelle de Gaius. Faut-il en conclure que les praedes répondaient de la restitution de la chose et de celle des fruits perçus intérimairement? Nous ne le pensons pas. Nous verrons, en effet,

dabantur¹.

IV

32. — Avant d'aborder le problème de la collation des

qu'originellement le terme uindicia s'appliquait non pas aux fruits, mais à la chose litigieuse elle-même, qu'on désignait aussi sous le nom de lis ; donc lis = uindicia. D'autre part, l'action accordée contre les praedes pour la restitution des fruits ferait double emploi avec l'action accordée par les Douze-Tables contre celui qui falsam uindiciam tulit. Aussi nous paraît-il préférable de dire qu'anciennement tout au moins l'engagement du praes s'éteignait avec la restitution de la chose. — Cf. Ihering, 4, p. 187 ; Esmein, *Sur l'hist. de l'usuc.*, N. R. H., 1885, p. 297 et ss. ; Cuénol, *eod.*, 1893, p. 358 ; Lenel, *E. P².*, p. 499 et ss.

1. Comp. Ps. Ascon. *in act. II in Uerr.* 4, 115 (5^a, p. 191) :

praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea qui tenet diffidens causae possessionem deteriorem faciat, tecta dissipet, excidat arbores et culta deserat.

V. aussi Plaut. *Men.* 4, 2, 25.26. — Gaius semble vouloir dire que les praedes garantissant la restitution de la chose et des fruits s'engageaient envers le plaideur et non pas envers l'Etat. Cependant cette interprétation serait contraire aux textes qui présentent toujours le praes comme s'obligeant envers l'Etat, les cités de citoyens ou les cités latines de l'empire, mais jamais envers les particuliers. Nombreux exemples chez Girard, *Textes*³, première partie ; comp. aussi :

Fest. u. manceps : qui 'idem praes' dicitur, qui tam debet praestare populo, quod promisit, quam is, qui pro eo praes factus est.

id. u. praes : praes est is, qui populo se obligat interrogaturque a magistratu, si praes sit ; ille respondet : praes.

Uarr. *de L. l.* 5, 40 : praedia dicta, item ut praedes, a praestando, quod ea pignore data publice mancupis fidem praestent.

id. *eod.* 6, 74 : itaque praes qui a magistratu interrogatus, in publicum ut praestet ; a quo et cum respondet, dicit 'praes'.

Le texte de Gaius doit donc être entendu en ce sens que le praes s'engage envers l'Etat, mais dans l'intérêt du plaideur qui a reçu la possession provisoire de la chose litigieuse. Cf. Mommsen, *Salpensana u. Malaca*, 1855, pp. 466-478 ; Z. S. St., 13, 1902, pp. 439-441 ; Ge-

uindiciae, faisons un court examen des différents sens des termes lis et uindicia ¹.

Le mot lis ², anciennes formes slis ³ et stlis ⁴ (même racine que le grec *ἔρις* et l'allemand 'Streit'), avant d'avoir eu le sens de 'litige, procès', désignait primitivement 'l'objet du litige', c'est-à-dire 'le droit litigieux'.

L. XII tab. 1,8 : POST MERIDIEM PRAESENTI LITEM ADDICITO.

Uarr. *de L. L.* 7,93 : — itaque quibus res erat in controversia, ea uocabatur lis : ideo in actionibus uidemus dici 'quam rem siue litem dicere oportet'.

Cic. *pro Mur.* 12,27 : iam illud mihi quidem mirum uideri solet, tot homines, tam ingeniosos, per tot annos etiam nunc statuere non potuisse, utrum diem

sammelte Schr., 1, 1905, pp. 357-369 ; Danz, *Sacr. Schutz*, p. 218, § 9 ; Huschke, *Mulla u. Sacr.*, 1874, p. 429, n. 206 ; Bethmann-Hollweg, 1, p. 142 n. 1 ; Voigt, 2, p. 54 n. 44 ; Muther, *Sequestr. u. Arrest*, 1856, § 55, p. 136 et ss. ; Gradenwitz, *Zwangsvollstreckung u. Urteilssicherung* (Festg. an Gneist), 1888, pp. 286-287 ; Münderloh, p. 475 ; Jobbé-Duval, 1, p. 339 et ss. ; Karlowa, *Röm. Rgesch.*, 1892, 2, pp. 47-59 ; Cuq, *Inst. jurid.*², 1, p. 88 n. 8 ; Girard, *Manuel*⁵, p. 750 n. 3 et p. 751 n. 1.

1. Voy. outre les grands dictionnaires de Forcellini, Freund, Georges, u. lis et uindiciae, le *Diction. étymol.* de Bréal et Bailly, u. lis et uindex. — Cf. aussi *Gloss. Philox.* u. uindiciae ; Calvinus, *Lexicon iuridicum*, Genève, 1670, u. lis et uindiciae ; Brisson, *De uerb. sign.*, u. lis et uindiciae ; Heumann-Seckel, *Handlex.*⁹, u. lis, uindicare, uindiciae.

2. Cf. Bethmann-Hollweg, 1, p. 101 n. 5 ; Cuq, chez Daremberg et Saglio, *Diction. d'Antiq. grec. et rom.*, h. u.

3. Quintil. 1, 4, 16 ; v. aussi par ex. loi Acilia répét. II. 7. 26.

4. La forme stlis se rencontre surtout dans les inscriptions : stl. iud. stlitibus iudicandis. Cf. Humbert, chez Daremberg et Saglio, u. decemuiri.

tertium an perendinum, iudicem an arbitrum, rem an litem dici oporteret ¹.

id. *eod.* 20,42 : lites seuere aestimatae.

id. *pro Rosc. com.* 1,3 : quo minus secundum eas (tabulas) lis detur, non recusamus.

id. *eod.* 4,10 : ad iudicium hoc modo uenimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus.

id. *eod.* 14,40 : de tota lite facere pactionem.

Liu. 3,72 : in suam rem litem uertere.

Prob. 4,10 : A. L. A. arbitrium liti aestimandae.

Gai. 4,16 : — litis et uindiciarum, id est rei et fructuum.

id. 4,94 : — pro lite et uindiciis, id est pro re et fructibus.

lis aestimata ; lis aestimanda ; litem aestimare ; litis aestimatio.

fideiussores pro lite dati.

in litem iurare ; iusiurandum in litem ².

33. — Le substantif uindicia (pl. uindiciae) ³ dérive d'un ancien verbe uim dicere ou uindicere ⁴ (βίαν δεικνύναι,

1. Comp. C. (6, 55) 9 § 2 : uel de re uel de lite competere actiones.

2. Les exemples sont trop nombreux pour pouvoir être rapportés ici ; cf. Heumann-Seckel, *Handlex.* ², u. aestimare, aestimatio, lis ; *Uocab. iurispr. rom. iussu inst. Sauig.*, u. aestimo ; *Thesaurus ling. lat.*, Lips. 1900, u. aestimo ; Brisson, *De uerb. sign.*, u. lis.

3. Jöcher, op. cit. ; Zimmern, 3, p. 107, § 39, et les renvois ; Otf. Müller, *Etymol. Erört. von Rausdrücken.* 1. uindex, uindiciae, uindicere, uindicare, uindicta, *Rhein. Mus.*, 1 (5), 1833, pp. 190-197 ; Pauly, *Real-Encyc.*, u. uindicatio, uindiciae ; Rein, *Privatrecht u. Civilpr. d. Röm.*, 1859, p. 894, n. 2 et les renvois ; Bethmann-Hollweg, 1, p. 135, n. 23 ; Voigt, 2, p. 49, n. 30 ; Karlowa, *Legisact.*, p. 74 n. 1 ; Ortolan, *Inst.* ⁴², 3, § 1863, p. 487 ; Gauckler, *Etude sur le uindex*, *N. R. H.*, 1889, p. 604 et ss. ; Jobbé-Duval, 1, p. 335 et ss.

4. Cette opinion est presque généralement adoptée aujourd'hui :

Gewalt zeigen), forme qu'on retrouve encore dans les Douze Tables ¹, et non pas de ueniam dicere ² ou de uenum dicere ³ comme on l'a prétendu à tort selon nous. Quant au terme dicere ⁴, ancien deicere ⁵, il a eu comme premier sens celui du grec δεικνύναι ou de l'allemand zeigen ⁶.

Un texte essentiel est celui de Festus, au mot uindiciae.

uindiciae appellantur res eae, de quibus controuersia est; quod potius dicitur uis, quam fit inter eos qui contendunt. Cato in ea, quam scripsit L. Furio de aqua: '...s praetores secundum populum uindicias dicunt.'... et Lucilius: 'nemo hic uindicias neque sa-

Otf. Müller, p. 190; Wetzell, p. 47, n. 2; Bethmann-Hollweg, 1, p. 135; Schöll, *Legis XII tab. rel.*, 1866, pp. 91-92; Lotmar, *Zur l. d. sacr.*, § 8; Roth, pp. 128-129; Puntchart, pp. 202. 241; Brinz, p. 103; Voigt, 1, p. 577, n. 15; Cuq, *Inst. jurid.* ², 1, p. 142; Forcellini, u. uindico; Georges, u. uindiciae; Heumann-Seckel, u. uindicare.

1. XII tab. 3, 3: NI IUDICATUM FACIT AUT QUIS ENDO EO [IN IURE] UINDICIT, SECUM DUCITO.

2. Corssen, *Aussprache*, 2, p. 272 (d'après Bréal); v. aussi le même dans la *Z. für vergl. Sprachforschung*, 11, 1862, p. 333 (d'après Brinz).

3. Bréal, *Mém. de la soc. de linguist. de Paris*, 2, 1875, p. 318 et ss.; Bréal et Bailly, *Diction. étymol.*, u. uindex et dico.

4. Dicere, racine DIC ou DEK = ΔΕΙΚ, d'où digitus, dignus, deceo, δεικνύμι.

5. Nombreux exemples chez Girard, *Textes* ³, pp. 27-128; la forme deicere se rencontre aussi très souvent chez Plaute:

Cist. 2, 3, 59; *Men.* 4, 2, 22; *Merc.* 2, 1, 45; 2, 2, 10; 2, 2, 23; 2, 2, 29; 2, 3, 127; 2, 3, 129; 2, 4, 16; 3, 1, 14; 3, 1, 18; 3, 1, 31; 3, 2, 11; 4, 4, 20; 4, 4, 23; *Pseud.* 5, 2, 24.

6. Otf. Müller, p. 191; Bréal, *Orig. des mots désignant le droit et la loi en latin*, *N. R. H.*, 1883, pp. 611-612; Forcellini, Freund, Bréal et Bailly, u. dico,

cra neque numen ueretur'. de quo uerbo Cincius sic ait: 'uindiciae olim dicebantur [glacbae] illae, quae ex fundo sumptae in ius adlatae erant', at Ser. Sulpicius [nomine et] iam singulariter formato uindiciam esse ait [eam rem,] qua de re controuersia est, ab eo quod uindicatur.... et in XII: 'SI UINDICIAM FALSAM TULIT, SI UELIT IS... [si uolet is ? siue slitem ? prae]... TOR ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO... FRUCTUS DUPLIONE DAMMUM DECIDITO ¹'.

L'impression qui se dégage de ce texte, où Festus selon sa manière habituelle accumule des citations disparates, est qu'il existait, même parmi les auteurs compétents, plusieurs manières différentes de comprendre les uindiciae, et à ce sujet on remarque une grande confusion chez Pseudo-Asconius *in act. II in Uerr.* 1, 115 (52, p. 191):

lis uindiciarum est, cum litigatur de ea re apud praetorem, cuius incertum est quis debeat esse possessor: et ideo, qui eam tenet, dat pro praede litis uindiciarum aduersario suo, quo illi satisfaciat, nihil se deterius in possessione facturum, de qua iurgium esset, rursus sponsione ipse prouocatus ab aduersario certare pugnam aut aestimationis, quid amittat, ni sua sit hereditas, de qua contendit.

Néanmoins, malgré quelques hésitations, on peut arriver, croyons-nous, à retracer les différents sens du mot uindiciae.

1. Voy: leçons dans Bruns, 2, p. 46; cf. aussi Funaioli, *grammaticae romanae fr.*, 1907, p. 381, 30 et p. 425, 12.

34. — Ainsi il est grandement vraisemblable que le terme uindicia (pl. uindiciae) désignait primitivement l'acte de violence symbolique qui avait lieu devant le magistrat :

Fest. h. u. : quod potius dicitur uis, quam fit inter eos qui contendunt.

Gell. 20, 10, 7 : nam de qua [re] disceptatur in iure [in re] praesenti, siue ager siue quid aliud est, cum aduersario simul manu prendere et in ea re sollemnibus uerbis uindicare ¹, id est ' uindicia ' ².

Ce dernier texte, il est vrai, n'est pas très clair : on se demande en effet si id est uindicia se rapporte à in ea re ou à uindicare ; nous pensons que ces mots se rapportent également à prendere et à uindicare ; c'est le sens qui nous semble le plus naturel.

1. Le verbe uindicare qui dérive du substantif uindex comme iudicare dérive de iudex, désignait originairement la violence simulée par laquelle on affirmait son droit sur la chose ; il faut noter aussi que ce verbe se trouve employé ici intransitivement.

P. Diacon. u. uindiciae (éd. Lindemann) : uindicare est manum adserere, inicere ad aliquid e potestate alterius extrahendum uel simulata ui adhibita et consertis cum aduersario manibus in iure quidpiam suum esse dicere.

D'ailleurs le verbe uindicare a toujours conservé une idée de violence :

Uirg. *Aen.* 4, 228 : bis uindicat armis.

Comp. aussi Cic. *de inu.* 2, 22, 66 :

(uindicatio est) per quam uim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et ab iis, qui nobis cari esse debent, et per quam peccata punimur.

Cf. Brinz, p. 100 et ss. ; Bechmann, p. 20.

2. Les anciens éditeurs de Gell. mettaient un point après uindicare et commençaient la nouvelle phrase par : uindicia id est correctio manus. Cette leçon est aujourd'hui abandonnée.

35. — Un autre sens de uindicia (pl. uindiciae) est celui d'objet de la uindicatio, d'objet litigieux (ab eo quod uindicatur) :

Fest. h. u. : uindiciae appellantur res eae, de quibus controuersia est. — Ser. Sulpicius [nomine et] iam singulariter formato uindiciam esse ait [eam rem,] qua de re controuersia est, ab eo quod uindicatur.

P. Diacon. h. u. : unde uindiciae res omnes, quae cui pertineant et uindicentur, in iure agitur. uindiciae etiam dictae res quaelibet, de quibus aliter contendunt inter se.

Par conséquent, dans cette acception, uindicia est synonyme de lis.

36. — Cette explication éclaire le texte des Douze-Tables rapporté par Festus ¹ : les mots SI UINDICIAM FALSAM TULIT ne se rapportent pas au cas où celui qui a obtenu la possession intérimaire du préteur succombe ensuite dans l'instance ². En effet, le terme uindicia, au singulier, ne désigne jamais la possession provisoire. Or, il n'est pas douteux que l'expression falsa uindicia contienne une idée

1. Cf. Brini, *Della condanna nelle l. a.*, *Archivio*, 21, 1878, p. 246 et ss. ; Buonamici, *Intorno ad un fr. delle XII Tav.*, *eod.*, 44, 1890, p. 381 et ss. ; id., *Storia della proced. civ. rom.*, 1, 1886, p. 31 et ss. ; Karlowa, *Legisact*, p. 74, n. 2, et p. 81 et ss. ; Huschke, *Multa u. Sacr.*, p. 430, n. 208 et 209 ; Ihering, 4, p. 187 ; Dernburg, *Jurist. Besitz d. röm. Rechts*, 1883, p. 18 ; Voigt, 2, p. 53 ; Münderloh, p. 478 et ss. ; Bechmann, § 14 ; Lenel, *E. P.*, p. 500 ; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 342 et ss. ; Esmein, *Mélanges*, p. 190 et ss. ; Cuënot, p. 358 et ss. ; Jobbé-Duval, 1, p. 363 et ss. ; Cuq, *Inst. jurid.*, 1, p. 417, n. 2, et 1², p. 147 ; Girard, *Manuel*, p. 337, n. 1.

2. Appleton, *Propr. prétor. et act. Publ.*, 1, p. 35.

de blâme ¹. Cela étant, d'après Bechmann, ' viel mehr ist unter falsa uindicia die Sache selbst zu verstehen, bezüglich deren der Contravindicant den Sieg davonträgt, die also der Vindicant fälschlich und zu Unrecht genommen hat ' ². Il faudrait donc traduire ferre par ' prendre, emporter ' (nehmen, forttragen). Ce qui correspondrait à la falsa uindicia ce seraient les iniustae uindiciae dont parle Cicéron *pro Mil.* 27, 74 ³:

eum (scil. Clodium) denique (occidi) cui iam nulla lex erat, nullum ciuile ius, nulli possessionum termini qui non calumnia litium, non iniustis uindiciis ac sacramentis alienos fundos... petebat ⁴.

Il ressortirait de ce passage que le qualificatif iniustus ne se rapporterait pas à l'œuvre du magistrat, mais uniquement au fait du uindicans. Donc, selon Bechmann, il s'agirait dans le passage cité des Douze-Tables ' um die mit einem Strafzusatz versehenen Ersatzpflicht des Vindicanten, der die Sache weggenommen hat, dann aber im Eigentumsprozesse unterliegt, so dass sich die Wegnahme nachträglich als ungerechtfertigt darstellt. Er muss den doppelten Betrag der Früchte ersetzen... vom Momente der Besitzergreifung an ' ⁵.

1. Nous n'attachons pas de valeur à l'explication du P. Diacre de la falsa uindicia.

2. Bechmann, p. 33.

3. Cf. Rudorff, *Röm. Rgesch.*, 2, p. 133.

4. Bechmann, p. 34, qualifie ce passage de zu wenig beachtet : c'est le contraire qui est vrai. — Cf. Wetzell, p. 31, n. 2 ; Huschke, p. 430, n. 209 ; Voigt, 2, p. 53, n. 41.

5. Bechmann, p. 34.

Nous ne saurions souscrire à ces conclusions : l'assimilation de la *falsa uindicia* avec les *iniustae uindiciae* ne nous paraît pas fondée. En effet, outre la différence de qualificatif, on ne rencontre les mots *iniustae uindiciae* qu'au pluriel, alors que dans les Douze-Tables, seul texte où il soit parlé de la *falsa uindicia*, ces derniers mots sont au singulier. Cette remarque nous paraît décisive, car, verrons-nous, dans ses autres acceptions, le terme *uindicia* ne se rencontre plus qu'au pluriel.

Quant au passage de Cicéron, nous serions enclin à soupçonner ce dernier de n'avoir parlé des *uindiciae* que par nécessité de rhétorique ; c'est qu'en effet, si le qualificatif *iniusta* se trouve gouverner les *uindiciae*, il gouverne surtout les *sacramenta*.

D'ailleurs voici un texte d'Arnobius, polémiste du III^e siècle ap. J.-C., et qui n'était pas sans avoir certaines connaissances juridiques :

Arnob. *adu. nationes* 4, 16 (éd. Reifferscheid, p. 115) :

quis quaesitor, quis arbiter ceruicibus tantis erit, qui
inter personas huiusmodi aut uindicias iustas dare
aut sacramenta conetur pronuntiare non iniusta ¹ ?

Il ressort de ce passage que le qualificatif *iustus* ne se rapporte plus au fait du *uindicans*, mais à l'œuvre de l'arbitrer. — Et voici enfin un autre texte où le qualificatif

1. Ce texte est fort connu : cité déjà par Jöcher, *De ritu uindiciarum*, 1723, p. 7, il a été reproduit depuis par la plupart des auteurs qui se sont occupés du sacramentum. — Cf. Ferrini, *Bull. di d. R.*, 7, 1894, pp. 117-118 ; id., *Die jurist. Kenntnisse des Arnob. u. des Lactant.*, Z. S. St., 15, 1894, p. 343 et ss.

iniustus se rapporte précisément à l'œuvre même du magistrat :

Liu. 3, 58 : subinde arreptus a P. Numitorio Sp. Oppius, proximus inuidiae, quod in urbe fuerat, cum iniustae uindiciae a collega dicerentur.

Ce texte fait allusion au procès de Virginie dans lequel le décemvir Ap. Claudius avait violé la règle selon laquelle les uindiciae sont secundum libertatem.

Si l'on voulait chercher une analogie, il faudrait dire que ce qui correspond aux iniustae uindiciae ce sont les nefandae uindiciae dont parle Tite-Live, en faisant remarquer toutefois que l'adjectif nefandus ne semble pas être un terme juridique consacré :

Liu. 3, 57 : ubi crudeli decreto nefandisque uindiciis dexteram patris in filiam armauerit, ...

Enfin, selon Bechmann, il s'agirait dans le passage des Douze-Tables en quelque sorte d'une peine du uindicans téméraire, peine dont on ne trouve nulle trace dans aucun texte. C'est qu'en effet, en cas d'échec, le uindicans non seulement verrait tomber son sacramentum dans le trésor public, mais serait condamné en outre à payer à son adversaire le double des fruits à titre de peine.

Que penser de 'falsam uindiciam ferre' ? Peut-être pourrait-on traduire ferre par 'rendre', en sorte que la 'falsa uindicia' désignerait la chose litigieuse que le perdant, uindicans ou contra uindicans, à qui elle avait été confiée provisoirement, rend au gagnant **sans les fruits** que cette chose avait produits pendant le temps inté-

rimaire¹. La restitution de ces fruits était assurée par une action au double dans laquelle on nommait trois arbitres² qui condamnaient le perdant à payer à son adversaire le double des fruits perçus ou ayant dû l'être : *FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO*³. On pourrait dire en effet que

1. Il est malaisé de justifier la traduction de *ferre* par 'rendre', 'restituer', car nous n'avons que fort peu d'exemples de la langue des Douze-Tables; toutefois cette traduction n'est pas invraisemblable, car le verbe *ferre* est un de ceux qui comportent les sens les plus différents, et d'autre part ses significations devaient être encore plus nombreuses primitivement, car il a donné naissance par la suite à un grand nombre de verbes composés qui n'existaient pas encore au temps des Douze Tables. — Sur le sens de *falsus*, comp. D. (11, 6) : *si mensor falsum modum dixerit*.

2. Cf. Girard, *Manuel*, p. 979 n. 3.

3. Comp. Paul. 1, 13b, 8 : *possessor hereditatis, qui ex ea fructus capere uel possidere neglexit, duplam eorum aestimationem praestare cogetur*.

id. 5, 9, 2 : *ex die accepti iudicii dupli fructus computantur*.

C. Th. (4, 18) 1 : *litigator victus, quem inuasorem alienae rei praedonemue constabit, sed et qui post conuentionem rei incubarit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur nec tantum simplorum fructuum praestationem aut eorum quos ipse percepit agnoscat, sed duplos fructus et eos, quos percipi oportuisset, non quos eum redegissee constabit, exsoluat, et praedoni quidem ratio a die inuasi loci usque ad exitum litis habeatur; ei uero, qui simpliciter tenet, ex eo, quo re in iudicium deducta scientiam malae possessionis accepit*. — Cf. C. (7, 51) 2.

Lex rom. Burgund., tit. VIII de uolentiis (éd. de Salis dans *Monum. German.*, p. 131 n. 4) : *de his uero, quibus sine tumulto solum occupate aut peruase rei actio intenditur, et conuictus fuerit rem indebite tenuisse, post conuentionem duplus fructus cum rei ipsius restitutione dissoluat. si uero simpliciter rem possedit, usque ad conuentionis tempus simplus fructus dissoluat, post conuentionem duplus, ut dictum est, inferat repetenti*.

cod., tit. XXXV de uinditionibus (p. 153 n. 3) : *fructus enim malae fidei possessor post conuentionem duplus, ante simblus*

le gagnant auquel on a rendu la ' uindicia falsa ', a subi en quelque sorte une éviction des fruits de la chose ¹.

37. — Désormais le terme uindiciae, comme la plupart des substantifs qui désignent des solennités, tels que nuptiae, induciae, inferiae, ne se rencontre plus qu'au pluriel.

Un troisième sens de notre terme, se rattachant au précédent, est celui de gleba, motte de terre qui dans la revendication des immeubles tenait la place de l'objet du litige, et sur laquelle les plaideurs accomplissaient les formalités de la uindicatio et de la contra uindicatio.

Cincius ap. Fest. h. u. : uindiciae olim dicebantur [glabae] illae, quae ex fundo sumptae ² in ius adlatae erant ³.

Fest. u. superstites : superstites testes praesentes significat, cuius rei testimonium est, quod superstitibus praesentibus ii, inter quos controuersia est, uindicias sumere ⁴ iubentur.

ex lege praestabit, secundum legem Theodosiani uel sententias Pauli.

1. D'autres explications pourraient encore être données de la phrase falsam uindiciam ferre, par exemple en s'inspirant du passage suivant de Plaute, *Rud.*, prol. 13-20 :

Qui FALSAS LITIS falsis testimoniis
Petunt quique in iure abiurant pecuniam,
Eorum referimus nomina exscripta ad Iouem.
Cotidie ille scit quis hic quaerat malum.
Qui hic litem apisci postulant peiurio
Mali, res falsas qui impetrant apud iudicem,
Iterum ille eam rem iudicatam iudicat :
Maiore multa multat quam LITEM AUFERUNT.

2-4. Comp. Gai. 4, 17 : pars aliqua inde sumebatur ; pilus inde sumebatur ; ex fundo gleba sumebatur.

3. P. Diacon. h. u. : nam olim, qui fundum aliquem suum esse

38. — Un autre sens des uindiciae est celui de possession provisoire accordée par le magistrat :

Gai. 4, 16 : (uindicias dicere) id est interim aliquem possessorem (constituere).

Cato ap. Fest. h. u. : ... s praetores secundum populum uindicias dicunt ¹.

L'expression uindicias dare ², decernere ³, dicere ⁴ secundum aliquem veut dire : donner, accorder la chose litigieuse à quelqu'un, et à ce point de vue il faut noter la différence entre dicere, accorder d'une façon provisoire, et addicere, accorder d'une manière définitive.

Cette possession provisoire était désignée dans les interdicts sous le nom de fructus ⁵ : la fructus licitatio, la stipulatio fructuaria correspondent au uindicias dare, aux praedes litis et uindiciarum ⁶.

39. — Les uindiciae qualifièrent ensuite les avantages retirés de la possession provisoire.

Gai. 4, 16. : — praedes aduersario dare litis et uindiciarum, id est rei et fructuum.

dicebat, ex eo glebas aliquas in ius ferebat, et de fundo litem moueret et uindicias peteret.

1. P. Diacon., *l. c.* : uindiciae etiam dicitur possessio rei controversae usque ad diiudicatam litem, in illo Catonis : *praetores secundum populum uindicias dicunt*, id est *populo uindicias dant*.

2. Liu. 3, 44.56, 57 ; Ascon. in *Cornel.* (52, p. 77) ; Arnob. *adu. nat.* 4, 16.

3. Liu. 3, 47.

4. Cat. ap. Fest., *l. c.* ; Gai. 4, 16 ; Pomp. D. (1, 2) 2 § 24 ; Liu. 3, 56.58.

5. Gai. 4, 166-171.

6. Cf. Bechmann, § 14 ; Jobbé-Duval, 1, p. 337 n. 1.

id. 4, 94 : — pro lite et uindiciis, id est pro re et fructibus.

40. — Enfin les uindiciae désignèrent par extension l'autorité judiciaire, la Justice.

Lucil. ap. Fest. h. u. : nemo hic uindicias neque sacra neque numen ueretur.

De même le mot ferrum, le fer métal, désigna par extension les objets de fer en général et particulièrement le glaive, l'épée, et puis il finit par désigner la destruction, la dévastation, la guerre ¹.

41. — Selon M. Jobbé-Duval ² les uindiciae auraient encore désigné une somme d'argent qu'aurait dû payer le possesseur intérimaire après sa défaite, indépendamment de la restitution de la chose. Cette somme aurait joué le même rôle que la summa licitationis dans la fructuaria stipulatio : elle aurait représenté l'amende qu'encourait le plaideur pour s'être fait attribuer sans droit la possession intérimaire. En un mot le passage de Gaius, 4, 167 s'appliquerait également à la legis actio sacramento.

Nous ne pouvons partager cette opinion. Nous ne croyons pas qu'on puisse raisonner de la procédure des interdits à celle du sacramentum. ' Summa enim fructus licitationis ', dit Gaius, ' non pretium est fructuum, sed poenae nomine soluitur ' : on ne trouve aucune trace d'une pareille peine dans l'actio sacramento. — De plus, croyons-nous, le préteur avait pleine liberté d'accorder les uin-

1. V. Freund, h. u.

2. Jobbé-Dubal, 4, p. 337.

diciae au plaideur de son choix : nous ne voyons dès lors pas comment il saurait lui en être fait grief, soit à lui, soit au plaideur qui les a obtenues ¹.

V

42. — Quels étaient les principes suivis par le magistrat dans la collation des vindiciae ² ? Pouvait-il accorder librement la possession à l'un ou à l'autre des plaideurs ? Suivait-il des règles déterminées et quelles étaient-elles ? Autant de questions dont la solution intéresse également le problème des origines des interdits possessoires ³ et de l'action Publicienne ⁴, mais que pour résoudre nous n'avons que fort peu de textes ⁵.

1. D'après Heumann-Seckel, *Handlex*⁹, u. vindiciae, ce terme aurait également désigné diē Eigentumsklage dans la l. 2 C. Th. 13, 5.
— Voici le passage d'après l'éd. Mommsen :

quod si hereditario iure forsitan pistoribus teneantur, facultatem habeant, si forte maluerint, **obuenticias** pistorum hereditates eidem corpori reddere aut quibuscumque proximis defuncti cedere, aut ipsi a pistorum consortio liberentur.

2. La vindiciarum dictio ne doit pas être considérée comme un acte découlant de l'imperium du magistrat, et il ne semble pas qu'il ait été besoin de recourir à un interdit pour la protection des vindiciae accordées. Car de même que le vindicere des plaideurs était une partie de leur lege agere, le vindicias dicere du magistrat était une conséquence de sa legis actio : aussi seul le magistrat qui avait la legis actio, et non pas celui qui n'avait que la iuris dictio, pouvait accorder les vindiciae. Comp. Ulp. D. (2, 3) 1 § 1. C'est pourquoi aussi le plaideur auquel les vindiciae avaient été accordées devait fournir sûreté non pas par stipulation ou par cautions ordinaires, mais par une datio praedium. Cf. Karlowa, *Legisact.*, pp. 87-88 et les renvois.

3. Cf. Karlowa, *Röm. Rgesch.*, 2, p. 313.

4. Cf. Huschke, *Recht der Publ. Klage*, 1874, p. 113 et ss.

5. Sur Gai. 4, 16 cf. Eisele, *Krit. Vjschr.*, 19, 1877, p. 514, et Z.

43. — Certains auteurs ¹ considèrent qu'il y aurait un lien étroit entre la procédure des *uindiciae* et l'action Publicienne, dont l'introduction ne serait qu'une suite de la suppression des *legis actiones* ².

Comme dans la procédure des *uindiciae* les plaideurs cherchaient avant tout à se voir attribuer la possession en vertu de la propriété, et par là même à acquérir le rôle de défendeur, le prêteur dans son jugement, la *uindiciarum dictio secundum alterum eorum*, n'avait pas égard seulement à la *iusta possessio* (*nec ui. nec clam. nec precario*), mais cherchait avant tout à accorder les *uindiciae* au propriétaire probable. On ne tenait donc aucun compte de la *iusta possessio* lorsqu'un seul des plaideurs seulement invoquait la propriété en formation (*werdendes Eigentum*), et la possession, c'est-à-dire la *iusta possessio*, ne décidait que lorsque les deux plaideurs se fondaient sur ce *werdendes Eigentum*. On fut donc amené avec le

S. St., 11, 1890, pp. 203-212. — Bien que l'*actio sacramento* existât encore du temps de Gaius (voy. 4, 31) et de celui d'Aulu-Gelle (voy. 20, 10, 1), le premier ne semble pas nous décrire une procédure qui a été vue par lui, car il s'exprime toujours à l'imparfait (4, 16), et rejette notre action dans un temps assez éloigné (4, 94 : *olim*). Cf. Brinz, p. 98. Cependant nous ne voulons pas mettre en doute la compétence de Gaius, bien que celui-ci, quand il parle des anciennes institutions, commette parfois quelques erreurs : 3, 192. 193 ; 4, 11. 26 ; 4, 20 ; et même 4, 16.

1. Huschke, *Multa u. Sacr.*, p. 428 et ss. ; *Recht der Publ. Klage*, p. 115 et ss. ; cf. aussi Van Hasselt, *De l. a.*, p. 29 et ss. ; Wetzell, p. 9 ; Jordan, *De praedibus litis et uindic. et stipulatione pro praede litis et uindic.*, 1860, p. 37 ; Ortolan, *Inst.* ¹², 3, § 1866, p. 490.

2. Cf. Buonamici, *Archivio*, 43, 1889, p. 230 et ss. ; Brezzo, *cod.*, p. 271.

temps à la même situation de fait que celle qui exista plus tard sous l'empire de l'action Publicienne : il fallait une acquisition régulière d'une chose non furtive, mais sans remonter au droit de l'auteur, qui d'ailleurs ne pouvait intervenir qu'*in iudicio*. C'est dire qu'au début on ne prenait en considération que les acquisitions régulières. Ainsi, pour les *res Mancipi*, il fallait une acquisition de droit civil, *mancipatio*, *in iure cessio*, *usucapio*. Cependant rien n'empêchait le préteur de donner la préférence au plaideur qui pouvait invoquer une acquisition susceptible de l'amener à l'usucapion plutôt qu'à celui qui ne se trouvait pas dans ce cas, ou encore à la propriété naturelle et à la *b. f. possessio* plutôt qu'au *nudum ius Quiritium*, et l'on peut dire que l'*in bonis* doit sa reconnaissance croissante précisément à la pratique judiciaire suivie dans la procédure des *uindiciae*.

Cette doctrine a été reprise par M. Appleton¹. ' Nous savons — dit-il — que les formalités étaient les mêmes pour la revendication et pour la pétition d'hérédité² : nous pouvons donc raisonner de la pétition d'hérédité à la revendication. Or, en matière de pétition d'hérédité il est certain que le préteur accordait la possession intérimaire non pas dans tous les cas au possesseur actuel de l'hérédité, mais à celui qui *prima facie* paraissait avoir le meilleur droit³. Le préteur devait suivre les mêmes règles en

1. Appleton, 1, p. 34 et ss.

2. Gai. 4, 17 (Appleton).

3. Cic. *in Uerr.*, 2, 1, 44. 45 ; Plin. *Nat. hist.*, 7, 5 (4) *in fine* (Appleton). — Ce dernier texte avait été déjà utilisé par Fabricius (Karlowa).

matière de revendication (il n'était pas assujéti aux règles établies plus tard pour les interdits possessores) et donner la possession au propriétaire probable. La preuve, c'est qu'on appelait *falsae* les *iudiciae* accordées au plaideur qui plus tard succombe. Elles sont *falsae*, mal attribuées, lorsqu'elles ne sont pas données au véritable propriétaire, donc, on doit chercher à les conférer au propriétaire probable¹.

La question qui se pose est de savoir comment le préteur appréciait cette probabilité. S'il s'agissait d'une chose *nec Mancipi*, le préteur préférerait sans doute au plaideur qui ne produisait aucun titre, celui qui prouvait avoir acheté et reçu tradition, la question de savoir s'il avait acquis *a uero domino* étant réservée pour être tranchée in *iudicio*. Mais si les parties produisaient toutes deux des titres, alors le préteur pouvait à son choix donner la préférence soit à la possession actuelle, soit au titre le plus ancien.

Si la chose revendiquée était une *res Mancipi*, les règles du droit civil auraient conduit, si le préteur les avait suivies aveuglément, à ne tenir aucun compte d'un achat suivi de tradition, car la tradition *iure ciuili* ne transfère pas la propriété des *res Mancipi*. Cependant l'analyse de ce qui se passait dans la pétition d'hérédité nous mène à cette conclusion que même dans le cas de revendication d'une *res Mancipi* le préteur devait tenir plus de compte

1. Appleton, 1, p. 34.

d'un achat suivi de tradition que d'une mancipation dont la cause restait incertaine et que les mœurs commençaient à considérer comme une formalité inutile.

Supposons donc que pour réclamer une hérédité il se présente devant le prêteur un agnat du défunt et un individu produisant des *tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet*, mais sans justifier de la mancipatio familiae. Bien que iure ciuili un pareil testament n'ait aucune valeur, le prêteur n'hésitera pas à donner la B. P. S. T. à l'institué et à refuser la B. P. U. L. à l'agnat, et de la sorte l'institué se trouvera avoir les avantages de la situation de défendeur. 'C'est sans doute de la même façon que déjà sous l'empire des *legis actiones* la propriété bonitaire ou la possession de bonne foi reçurent leur première consécration. Le prêteur devait donner les *vindiciae* à celui qui prouvait avoir acquis en vertu d'un juste titre et par tradition une res même mancipi¹.

D'ailleurs le plus souvent la possession provisoire se transformait en propriété définitive car si l'adversaire ne faisait pas la preuve toujours difficile de son droit de propriété, la chose dans le doute restait au possesseur qui se trouvait bientôt à l'abri de toute attaque par l'effet de l'usucapion. Il y avait donc dans les *vindiciae* un 'mélange de possessoire et de pétitoire', car le prêteur se fonde tantôt sur le fonds du droit et tantôt sur la possession

1. Appleton, 1, p. 36.

actuelle, d'où il devait résulter un arbitraire fâcheux¹.

44. — Ce système, croyons-nous, doit être rejeté. Ses auteurs ont considérablement exagéré l'idée Publicienne au temps des *legis actiones*, et leur théorie revient à dire en somme que le prêteur n'accordait pas les *uindiciae* à l'un quelconque des plaideurs, mais seulement après enquête préalable à celui qui lui paraissait le plus qualifié, et que pratiquement à propos de la procédure, on aurait abandonné les règles qui avaient été posées en droit.

A cela on peut objecter qu'une enquête portant sur le fonds du droit et la possession actuelle aurait certainement entraîné des longueurs dont il n'y a nulle trace dans le récit de Gaius 4,16².

De plus, les *legis actiones* avaient un caractère fortement privé : c'étaient les parties elles-mêmes qui jouaient le rôle principal et qui poursuivaient l'exécution de leur droit, le magistrat se bornant par sa présence à constater en quelque sorte la légalité de leurs actes et à donner une certaine authenticité aux débats. 'Im Allgemeinen — dit v. Bethmann-Hollweg — tritt der private Charakter des Rechtsstreits als eines Conflicts zweier Einzelwillen darin hervor, dass es die streitenden Teile sind, die hauptsächlich und auf entscheidende Weise handeln. Das Gericht im Namen des Staats wirkt nur dahin, dass sie ihre Rechte auch in der Form des Rechts gegen einander geltend ma-

1. Appleton, 1, p. 37.

2. V. Karlowa, *Röm. Rgesch.*, 2, p. 318 ; Cuq, *Recherches sur la possess.*, A. R. H., 1894, p. 12 ; Jobbé-Duval, 1, p. 331.

chen und entscheidet schliesslich den Streit durch sein Urteil. Je mehr der ganze Verlauf durch das Gesetz fest geregelt ist, um so Weniger greift der Richter zu dessen Ergänzung willkürlich ein¹. Et plus loin : 'nach dem Geist des alten Prozessrechts stels nur die Parteien unter dem Schutz der Obrigkeit tätig waren'². M. Girard s'exprime dans le même sens : 'le magistrat ne juge pas, ce serait presque exagéré de dire qu'il organise l'instance : il donne simplement par son concours une sorte d'authenticité indispensable aux actes des parties'³. Cette manière de voir est complètement confirmée par le passage suivant très connu de Cicéron, *pro Mur.* 12,26 :

praetor interea ne pulchrum se ac beatum putaret
atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque
carmen compositum est...

D'après la doctrine que nous combattons le magistrat aurait fait plus : il serait intervenu d'une manière active non pas pour imposer le respect des règles de forme, mais

1. Bethmann-Hollweg, 1, p. 100.

2. Bethmann-Hollweg, 1, p. 142 ; dans le même sens Kuntze, *Curs.*, § 132 ; Karlowa, *Legisact.*, p. 3 ; Demelius, *Confessio*, 1880, p. 40, n. 1 ; Ihering, *Geist*⁹, 2^e, p. 649 ; Mommsen, *Dr. Public*, trad. P. F. Girard, 1889, 6^e, p. 64.

3. Girard, *Manuel*⁵, p. 977 ; cf. son *Org. jud.*, 1, p. 68 et ss. et surtout ses *Nouvelles observations sur la date de la loi Aebutia*, *Z. S. St.*, 29, 1908, p. 129 et ss. — Cf. Wlassak, *Ursprung der röm. Einrede*, 1910 (Festg. der Z. für Notariat u. freiwillige Gerichtsbarkeit in Österreich zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum von L. Pfaff), comptes-rendus de Beseler, *Berliner philosophische Wochenschr.*, 2/9, 1911 et Pelot, *N. R. H.*, 1911 (non encore paru au moment où nous écrivons ces lignes).

pour trancher le débat par un interlocutoire et faire pencher la balance en faveur de l'un des plaideurs : il aurait de plus pesé indirectement sur la sentence du juge. Cela est contraire à ce que nous savons de son rôle.

Le préteur, nous dit-on, accordait la possession provisoire au plaideur qui lui paraissait avoir le plus de droits ; il devait donc l'accorder à plus forte raison à celui dont le droit lui paraissait certain. Mais alors la procédure in iudicio prendrait un caractère tout à fait particulier : elle ne serait qu'une manière d'instance d'appel à laquelle les parties n'auraient eu recours que pour se plaindre de la sentence du préteur. Les textes ne justifient pas pareille hypothèse.

D'ailleurs il ne faut pas perdre de vue que le plaideur qui obtenait la possession intérimaire devait fournir des *praedes litis et iudiciarum*, obligation onéreuse à cause de la solvabilité exigée de ces cautions et de la rigueur de l'exécution contre elles. Or, dans la théorie que nous combattons, comment expliquer que par le seul fait d'un plaideur de ne pas fournir des *praedes*, la possession passait à l'adversaire ?

Enfin, ce qui est invraisemblable au plus haut point, c'est qu'à propos d'un incident de procédure on se soit départi des règles strictes posées en droit, et que, par exemple, pour le transfert d'une *res mancipi* on se soit contenté d'une simple tradition.

On fait dire à Gaius 4, 17 que les formalités étaient les mêmes pour la revendication et pour la pétition d'hérédité. Reportons-nous au texte :

similiter si de fundo uel de aedibus siue de hereditate controuersia erat, pars aliqua inde sumebatur et in ius adferebatur... et si de hereditate controuersia erat, aequè res aliqua inde sumebatur.

A propos d'une formalité déterminée — la présence de la chose litigieuse in iure — le jurisconsulte nous dit que dans la revendication comme dans la pétition d'hérédité on usait dans certains cas d'un subterfuge de procédure ; mais il ne nous dit pas que les deux procédures étaient pareilles et semblables en tous points, en sorte qu'on puisse raisonner de l'une à l'autre. D'ailleurs en matière de pétition d'hérédité il y avait une règle particulière d'après laquelle le préteur ' sofort nach dem Tode den Besitz des Nachlasses (B. P.) zur Verhütung der, überdies durch das Gesetz begünstigten Dilapidation desselben Einem, der sein Erbrecht wahrscheinlich machte oder sich als Angehörigen des Erblassers (cognatus usw.) auswies, gleichsam als curator hereditatis zusprach und ihn in der Besitzergreifung durch sein Imperium schützte¹.

Quant au passage mutilé des Douze-Tables rapporté par Festus, on en donne, croyons-nous, une interprétation erronée. La uindicia au sens des Douze-Tables n'est pas la possession intérimaire, mais la chose litigieuse elle-même. D'ailleurs, dans tous les cas, on ne peut rapporter l'expression falsam uindiciam ferre à l'œuvre du magistrat, et dire que les uindiciae sont falsae quand elles sont

1. Bethmann-Hollweg, 1, p. 144.

mal attribuées, c'est-à-dire accordées à un plaideur qui succombe ensuite dans l'instance. En effet, le prêteur n'étant lié par aucun texte de loi, attribuait les uindiciae librement au plaideur de son choix à charge seulement par ce dernier de fournir des praedes litis et uindiciarum.

45. — D'après une seconde doctrine, il est bien plus probable, étant donnée la présence des praedes, de conclure qu'originellement c'était le prêteur même qui était considéré comme possesseur intérimaire de la chose qu'il confiait ensuite à l'un des plaideurs¹.

Plus tard, le possesseur dans l'instance était le demandeur : c'est lui qui agit, c'est lui qui poursuit la réalisation de son droit, et c'est là ce qui caractérise la legis actio. Le revendiquant ne se présente d'ailleurs pas comme possesseur précaire auquel la chose a été confiée temporairement, mais comme possesseur véritable ayant l'animum rem sibi habendi qu'il démontre on ne peut plus énergiquement au moyen de la formule solennelle et de la festuca qu'il tient à la main.

S'agit-il d'une proclamatio in seruitutem, la procédure débute comme unilatérale. Le uindicans s'empare de l'esclave d'une façon extra-judiciaire, le traîne devant le magistrat, et après avoir exprimé ses prétentions sur lui,

1. Muther, § 55, p. 136 et ss. ; Mûnderloh, pp. 473-474 ; Maschke, *Der Freiheitspr. im klass. Altertum, insb. der Pr. um Virginia* (hist. Untersuch. von I. Iastrow, Heft 8), 1888, pp. 131-132 ; Gradenwitz, p. 286 ; Bechmann, p. 31 ; Cuënot, pp. 345-346 ; Jobbé-Duval, 1, p. 325 et ss. ; Em. Lévy, *Sur l'idée de transmission de droits*, 1896, p. 30, croit que cette théorie repose sur Fest. u. uindiciae (?).

il attend qu'un adsertor vienne en prendre la défense. Se présente-t-il un adsertor, la procédure prend un caractère contradictoire, sinon elle se poursuit comme unilatérale. En effet, après avoir attendu le temps légal, le uindicans emmènera l'esclave sur l'addictio du préteur. Cette uindicatio in seruitutem apparaît donc comme 'eine Art von Aufgebotsverfahren .., zugleich aber auch eine Recht-fertigungsverfahren gegenüber der vorhergehenden ein-seitigen und eigenmächtigen Besitzergreifung: se iure grassari non ui (Liu. 3,44)' ¹.

La procédure par manus iniectio, elle aussi, n'est pas dirigée contre un adversaire déterminé: il est en effet aujourd'hui reconnu que celui contre qui se poursuit la manus iniectio n'est pas le sujet, mais l'objet du procès. C'est bien plutôt le uindex qui est l'adversaire — et peut se présenter comme uindex tout citoyen qui répond aux exigences des XII Tables ². Aussi, pour justifier sa mainmise extra-judiciaire, le créancier emmène-t-il son débiteur devant le tribunal du préteur, est là, après avoir prononcé la formule consacrée, il attend qu'un uindex vienne en prendre la défense. Se présente-t-il un uindex, la procédure devient contradictoire, sinon elle se déroule comme unilatérale jusqu'à la fin et se termine par l'addictio du préteur. Par conséquent la l. a. per manus iniunctionem doit être considérée également, tout au moins dans ses

1. Bechmann, § 2.

2. L. XII tab. 1, 4; cf. Fest. u. adsiduus et proletarium; Non. Marcel. u. proletarii (Bruns, 2, p. 65).

débuts, comme procédure de justification et de publicité¹.

Il incombait au demandeur de porter devant le magistrat le meuble dont il se prétendait propriétaire ou d'emmener devant celui-ci la personne dont il se disait créancier. Pour arriver à cette fin, le demandeur pouvait employer tous les moyens, y compris la force, car la force est permise à une époque où l'on ignorait la protection possessoire².

S'agissait-il d'un immeuble? comme on ne pouvait l'apporter devant le magistrat à la manière d'une chose mobilière, il fallait commencer par en expulser le détenteur, et si le demandeur se présentait ensuite devant le magistrat, c'était pour y proclamer publiquement son droit à l'encontre de tout le monde et pour échapper de la sorte au reproche de furtum — car il est probable que le très ancien droit étendait la notion du furtum même aux immeubles³.

46. — Cette doctrine ne nous paraît pas devoir être acceptée⁴. Il nous semble inexact de penser que c'était le

1. Bechmann, § 3.

2. Bechmann, § 5.

3. Bechmann, § 15. — Cf. Gai. 2, 51; Gai. D. (41, 3) 38 [= I. (2, 6) 7]; Ulp. D. (47, 2) 25 pr.; Gell. 11, 18. — Voy. Mommsen, *Strafrecht*, p. 739, n. 1; Ferrini, *Archivio*, 47, 1891, p. 424, n. 2; Appleton, 1, p. 176, n. 19; Erman, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 218, n. 4; Bechmann, p. 41, n. 2 (cette dernière note se trouve reproduite avec ses incorrections et sans indication d'origine chez Em. Lévy, p. 37).

4. Voy. Jobbé-Duval, 1, p. 318 et ss.

préteur lui-même qui, originairement, était le possesseur intérimaire de la chose. En effet, une saisie de l'autorité, une séquestration, serait tout à fait contraire à l'esprit de l'ancienne procédure où nous voyons toujours les parties agir elles-mêmes et où le magistrat n'avait qu'un rôle effacé et secondaire ¹. ' Der Magistrat — dit Karlowa — war als Teilnehmer am lege agere nichts weiter als ein Stück der Prozessmaschinerie, ihm waren die Hände vollständig gebunden ' ².

Quant aux *praedes* qui s'engageaient envers le magistrat, mais dans l'intérêt des plaideurs (p. 53 n. 1) on peut expliquer leur présence avec Karlowa de la manière suivante : ' so wie das uindicere der Parteien ein Teil ihres lege agere ist, so ist das uindicias dicere secundum alterum ein Ausfluss der legis actio des Magistrats. Desshalb konnte auch nur ein Magistrat, qui legis actionem habebat, nicht aber einer, der nur iurisdictio hatte, die Vindicien erteilen. Weil das uindicias dicere ein Ausfluss der legis actio des Magistrats war, weil es sich um eine *lis*, und nicht um den Gegenstand eines *iurgium* handelte, musste der, welchem die Vindicien zugesprochen waren, dem Gegner nicht etwa durch Stipulation und gewöhnliche Bürgen, sondern durch *praedes litis et uindiciarum* Sicherheit leisten ' ³.

1. Voy. Bethmann-Hollweg, 4, p. 142 ; Krüger, *Consumtion*, 1864, p. 152 ; Jobbé-Duval, 4, p. 325 et ss.

2. Karlowa, *Legisact.*, p. 3.

3. Karlowa, p. 87.

Plus tard, dit Bechmann, c'était le revendiquant qui était possesseur dans l'instance ¹ : s'agissait-il d'un meuble, il s'en emparait et l'apportait devant le magistrat ² ; s'agissait-il d'un immeuble, il commençait par en expulser le détenteur ³.

Or, nous l'avons déjà remarqué (p. 40), il n'y a pas de possesseur dans l'instance, car, comme disait Du Roi, '(die Sache) frei im Gerichte lag und von dem Einen so gut als von dem Anderen vindicirt wurde' ⁴. — D'autre part, s'il s'agissait d'un meuble, le revendiquant ne pouvait s'en emparer qu'autant qu'il le trouvait dans un endroit public, ou que son adversaire refusait de l'apporter ou de l'emmener devant le magistrat (p. 31 et ss.) ; quant à la *deductio quae moribus fit*, nous pensons, avec d'excellents auteurs, qu'elle est étrangère à l'*actio sacramento* et qu'elle se rapporte peut-être à la liaison du procès sur l'interdit *UTI POSSIDETIS* (p. 52 n. 2).

D'ailleurs, pour soutenir son système, Bechmann se trouve amené à contester les informations suffisamment nettes de Cicéron, *pro Mur.* 12 et d'Aulu-Gelle, 20, 10 : 'wir nehmen an — dit-il — dass die Vindication von Grundstücken von jeher in iure im gewöhnlichem Sinne, d. h. vor dem Tribunal des Praetors in Rom stattgefunden hat' ⁵.

1. Bechmann, p. 30.

2. Bechmann, § 5.

3. Bechmann, p. 40.

4. Du Roi, *Archiv*, 6, 1823, p. 264.

5. Bechmann, p. 37.

Ajoutons aussi que le peu que nous savons de l'ancienne perquisition lance licioque ¹, et surtout les quelques textes épars qui nous parlent de la demeure des citoyens, nous montrent le grand respect qu'on avait pour celle-ci, car on la considérait comme un sanctuaire qu'on ne pouvait forcer que dans certains cas et sous des conditions déterminées. 'Quid est sanctius, — dit Cicéron — quid omni religione munitius quam domus unius cuiusque civium ? hic arae sunt, hic foci, hic di penates ; hic sacra, religiones, caerimoniae continentur : hoc perfugium est ita sanctum omnibus, ut inde abripi neminem fas sit ' ².

Enfin, le système que nous combattons conduit à des conséquences inadmissibles ; en effet, le revendiquant restera en possession non seulement si son sacramentum aura été jugé iustum, ce qui est tout naturel, mais aussi si celui de son adversaire aura été déclaré iniustum, ce qui est tout à fait choquant, car il ne semble pas qu'en pari causa on doive donner la préférence à celui qui a usé de ruse et de violence ³.

1. Gai. 3, 192 ; Fest. u. lance et licio.

2. Cic. *pro domo*, 41, 109. — Comp. aussi Quintil. 7, 8, 6 : ex domo in ius educere ne liceat ; Gai. 1 ad leg. XII tab. D. (2, 4) 18 : quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque qui inde in ius uocaret, uim inferre uideri ; D. (2, 4) 19.20.21 ; Ofil. ap. Paul. D. (47, 10) 23 : qui in domum alienam inuito domino introiret, quamuis in ius uocat, actionem iniuriarum in eum competere Ofilius ait.

3. Comp. Gai. D. (44, 2) 15 : si (pronuntiatum est hereditatem) meam non esse, nihil de tuo iure iudicatum intellegitur, quia potest nec mea hereditas esse nec tua.

47. — Reste à exposer notre opinion sur la uindicium dictio.

Si les plaideurs étaient d'accord, le préteur, croyons-nous, accordait la possession intérimaire ¹ à celui qui avait été désigné, et peut-être même ce dernier pouvait-il être exonéré par son adversaire de l'obligation de fournir des praedes :

Liu. 3,44 : *cedere uindicias*.

id. 3,45 : *cedere uindicis*.

Mais si les parties n'arrivaient pas à se mettre d'accord, le préteur, en principe, était libre d'accorder la possession provisoire au plaideur de son choix sous la seule condition de fournir de praedes à son adversaire ² :

Gai. 4,16 : *praetor secundum alterum eorum* (l'un ou l'autre) *uindicias dicebat*, id est interim *aliquem* (donec pas nécessairement le uindicans ou le contra uindicans) *possessorem constituerebat* ³, eumque iubebat praedes aduersario dare litis et uindicium.

Par quelles normes le magistrat se laissait-il guider dans la collation des uindiciae ⁴ ?

1. Ihering, *Besitzschutz*², p. 72 et ss. : interimistisches Eigentum.

2. Voy. Zimmern, 3, p. 111 ; Ihering, *Beitr. zur Lehre vom Besitz, Jahrb. für Dogm.*, 9, 1868, p. 59 ; Buonamici, *Storia della proced. civ. rom.*, 1, p. 31, et *Archivio*, 43, 1889, p. 231 ; Girard, *Org. jud.*, 1, p. 74 n. 2.

3. Comp. Gai. 4, 166 : *et qui superauerit fructus licitando, is tantisper in possessione constituitur, si modo aduersario suo fructuaria stipulatione cauerit*.

4. Roth, p. 132 : *Wer erhielt die Vindicien ? ...Meiner Ansicht nach hing die Entscheidung in ältester Zeit wesentlich vom Belie-*

Peut-être primitivement le préteur faisait-il une enquête sommaire portant non pas sur les titres des plaideurs ou la qualité de leur possession (*nec ui nec clam nec precario*) comme dans les interdits *UTRUBI* et *UTI POSSIDETIS*¹, mais sur la solvabilité de ceux qu'ils présentaient comme répondants. Le magistrat accordait la possession au plaideur dont les *praedes* présentaient *prima facie* la plus grande surface : le *praes*², comme le *uindex*³, doit être riche.

Plus tard, quand ses attributions augmentèrent en nombre et en importance, le préteur, croyons-nous, accordait le plus souvent les *uindiciae* au possesseur actuel⁴, sous la seule condition de fournir des *praedes*, et ce n'est que lorsque le possesseur refusait de fournir ces cautions, ou

ben des Prätors ab ...Allmählich entwickelten sich indess feste Regeln, indem jeder Prätor die Voraussetzungen, unter denen er während der Dauer seines Amts die Vindicien und die Polizeimandate erteilen wollte, im Edikt öffentlich bekannt machte, welche Voraussetzungen alsdann von einem Edikt in das andere übergingen.

Cette opinion se concilie mal avec Gai. 4, 11 : tunc (au temps des *legis actiones*) *edicta praetoris* ...nondum in usu habebantur.

1. Voy. Bethmann-Hollweg, 1, p. 143 ; Audibert, *N. R. H.*, 1890, p. 273.

2. Ps. Ascon. *in act. II in Uerr.* 1, 115 (52, p. 191) : *praedes ergo dicuntur satisdatores locupletes*.

3. L. XII tab. 1, 4 ; l. Col. Gen. 61 ; l. de Gallia Cisalp. 24 ; Boeth. *in Cic. Top.* 1 (51, p. 291) : *quaeritur, utrum, cum lex Aelia Sentia uindicem uelit esse assiduo assiduum, locupletem uelit locupleti* ; Gai. 2 ad XII tab. D. (50, 16) 234 § 1 : '*locuples*' est, qui satis idonee habet pro magnitudine rei, quam actor restituendam esse petit.

4. Gai. 4, 94 : (*praedes*) a possessore petitori dabantur : le jurisconsulte nous parle de *id quod plerumque fit*.

que les cautions présentées paraissaient notoirement insolvables, que le magistrat offrait la possession à l'adversaire, sous la même condition ¹.

Il s'agirait donc là uniquement d'un cautionnement exigé du possesseur intérimaire, la uindiciarum dictio n'étant qu'une suite, une conséquence de la datio prae-dium ².

Gai, 4, 89 : si uerbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes ; aequum enim uisum est te ideo quod interea tibi rem quae an ad te pertineat dubium est, **possidere conceditur**, cum satisfatione cauere, ut si uictus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.

La portée de ce texte, on le voit, est générale : c'est une question de principe qui dépasse la sponsio et la formula petitoria ; d'ailleurs ce texte se trouve en tête des commentaires de Gaius sur les causes 'ex quibus is cum qui agitur uel hic qui agit cogitur satisdare' (Gaius 4, 88).

C'est dire que nous répudions toute doctrine admettant que les uindiciae auraient fixé le rôle des parties, et cela non seulement à cause du caractère que nous attribuons à la uindiciarum dictio, mais aussi parce que nous estimons que le rôle des parties a été fixé antérieurement par la provocation au sacramentum.

1. Cf. Bethmann-Hollweg, 1, p. 144 ; Karlowa, pp. 87 bas. 88 ; Esmein, *Mélanges*, p. 190.

2. Comp. Münderloh, p. 473 et ss.

On comprend aussi dans notre doctrine la nécessité de la création des interdits possessoires, qui ont été introduits, nous dit Gaius, pour déterminer avant les débats sur le fond du droit *'uter ex litigatoribus possidere et uter petere debeat'*¹. Cette nécessité n'apparaît pas dans certaines doctrines, celle de Huschke par exemple, où le prêteur n'accordait les uindiciae que *cognita causa*.

48. — On a soutenu cependant que le magistrat n'avait pas la main libre dans l'attribution des uindiciae, et qu'il les accordait toujours au possesseur à charge de fournir des cautions, sinon au revendiquant, sous la même condition². On cite en ce sens Denys d'Halicarnasse 11, 30 ; Tite-Live 3, 44 ; Pomponius D. (1, 2) 2 § 24. — Or ces textes ne sont pas pertinents car ils prévoient tous une question d'état dans laquelle les uindiciae, selon les Douze-Tables, devaient être accordées dans un sens déterminé : pareille disposition n'existait pas pour les procès ordinaires. Mais, dit-on, Gaius 4, 94 dit sans distinguer :

olim, cum lege agebatur, pro lite et uindiciis...
(praedes) a possessore petitori dabantur.

Ainsi les cautions étaient données par le possesseur au revendiquant : c'est donc que les uindiciae étaient attribuées au premier.

Cet argument ne nous convainc pas, car la question se

1. Gai. 4, 148.

2. Cf. Bekker, *Zu den Lehren von l. a. sacr., dem Utipos. u. der Posses.*, Z. S. St., 5, 1884, p. 151 ; Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 11 et ss. ; *Inst. jurid.*³, 1, p. 88.

3. Voy. p. 90.

poserait précisément de savoir ce que Gaius entend par possessor : est-ce celui qui était en possession avant le litige, ou est-ce celui qui a obtenu du prêteur la possession provisoire ? La réponse à cette question nous est faite par Gaius lui-même :

4, 16 : praetor secundum **alterum eorum** uindicias dicebat, id est interim **aliquem** possessorem constituabat, **eumque** iubebat praedes dare aduersario.

Nous voilà fixés : le possessor qui donnait caution était celui qui avait été **constitué** par le magistrat, et non pas le possessor primitif : nous pensons que le plus souvent ce sera une seule et même personne, mais non pas nécessairement.

Nous voulons prévoir une objection : Gaius, pourrait-on dire, en parlant d'*alterum eorum*, d'*aliquis*, a voulu comprendre le cas où le possesseur primitif ne satisfaisant pas à son obligation de fournir caution, le prêteur attribuait la chose au revendeur, sous la même condition. — C'est là une explication : elle ne nous paraît pas vraisemblable à cause de la généralité des termes employés par Gaius. Il y a d'ailleurs des arguments de texte positifs contre la doctrine que nous combattons :

Gai. 4, 89 : tibi rem — possidere conceditur.

Gell. 20, 10, 1 : — cum lege agitur et uindiciae continentur.

P. Diacon. u. uindiciae : — uindicias peteret.

Ps. Ascon. *in act. II in Uerr.* 1, 115 (5₂, p. 191) : lis uin-

diciarum est, cum litigatur de ea re apud praetorem, cuius incertum est **quis debeat esse possessor** ¹.

On réclamait donc les uindiciae ; celles-ci contendaient ; le préteur les concédait : comment expliquer cette contentio et cette concessio si le préteur n'avait pas la main libre, si la possession devait être attribuée nécessairement à l'un ou à l'autre des plaideurs ?

49. — Les uindiciae n'étaient accordées qu'interim, c'est-à-dire d'une façon intérimaire et pour la durée du procès seulement :

Gai. 4, 16 : praetor... **interim** aliquem possessorem constituebat.

Liu. 3, 44, 10 : **interim** dominum sequi ancillam aequum esse.

P. Diacon. l. c. : uindiciae etiam dicitur possessio rei controuersae **usque ad diiudicatam litem**.

Une fois la sentence rendue, celui qui les avait obtenues n'était plus autorisé à les garder car son titre avait expiré : et s'il avait obtenu gain de cause in iudicio, il conservait la chose non plus en vertu de la uindiciarum dictio du préteur, mais en vertu de la sentence du juge ². Il en était autrement dans l'interdit uti possidetis :

I. (4, 15) 4 : commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, **remanet suo loco possessio**.

1. Nous citons ce texte à titre tout à fait subsidiaire.

2. Cf. Karlowa, pp. 86-87 ; Cuq, *N. R. H.*, 1894, p. 12 et ss.

Cette différence s'explique : l'actio sacramento est un iudicium simplex dans lequel un seul des plaideurs doit prouver son droit, tandis que l'interdit UTI POSSIDETIS est un iudicium duplex, dans lequel la preuve incombe également à chaque partie.

Il a été soutenu cependant que l'avantage conféré par les uindiciae n'était pas éphémère, car si l'adversaire n'arrivait pas à faire la preuve de son droit de propriété, la chose, dans le doute, restait au possesseur, et ce dernier, au bout d'un an ou deux, selon que la chose était mobilière ou immobilière, se trouvait par l'effet de l'usucapion en devenir propriétaire incommutable¹. Par conséquent, dit M. Girard, bien que les uindiciae ne règlent la possession que pour la durée du procès, celui qui les a obtenues gardera la chose même après la sentence si les deux sacramenta ont été déclarés iniusta, 'sans que la chose puisse lui être enlevée jusqu'à ce qu'il se présente un autre adversaire mieux qualifié, absolument comme ferait celui qui aurait triomphé successivement dans l'interdit retinendae possessionis et dans la revendication du droit moderne'².

Ces considérations nous paraissent très fortes, et elles seraient même décisives si l'on admettait la possibilité des deux sacramenta déclarés iniusta ; vainement objecterait-on le langage de Gaius qui dit que la possession n'était accordée qu'*interim* : ce mot peut s'expliquer autrement,

1. Cf. Ihering, *Besitzerschutz*², p. 72 et ss. ; Esmein, *N. R. H.*, 1877, p. 499 ; Appleton, 1, p. 36.

2. Girard, *Manuel*⁶, p. 339 n. 1.

le jurisconsulte ayant pu prévoir le cas où le sacramentum de celui qui n'a pas reçu la possession provisoire a été jugé iustum. En ce cas il faudra bien que son adversaire lui rende la chose, puisque celle-ci ne lui a pas été attribuée définitivement, mais seulement d'une façon intérimaire, ou si l'on veut, d'une façon conditionnelle, sous la condition que son sacramentum serait déclaré iustum.

Si cependant nous ne partageons pas cette opinion, c'est que dans notre doctrine l'éventualité des deux sacramenta déclarés iniusta est exclue d'une façon absolue : il y a forcément un sacramentum qui est déclaré iustum et l'autre iniustum (p. 96 et ss.).

Nous avons vu qu'on se disputait la possession provisoire : uindiciae contenduntur ; c'est donc que celle-ci procurait quelque avantage, et cet avantage devait être même réel pour compenser les charges qui grevaient le possesseur intérimaire ; celui-ci en effet devait non seulement fournir des praedes, mais aussi veiller à la conservation de la chose, en percevoir les fruits et les rendre s'il succombait dans l'instance ¹. — Quel était donc cet avantage ? C'était d'abord un avantage psychologique : le propriétaire de la chose voudra toujours la garder, car il pourra lui déplaire que celle-ci restât entre les mains de son adversaire même pendant un temps très court. C'était ensuite un avantage de fait : si le possesseur intérimaire était comptable des fruits perçus ou ayant dû l'être, en revanche il jouissait de la chose, et cette jouissance était gratuite.

1. Sur la falsa uindicia, voy. p. 59 et ss.

VI

50. — Dans les deux cas suivants, les *uindiciae* étaient attribuées suivant des règles exceptionnelles.

Dans les procès relatifs aux aqueducs publics, la possession intérimaire était toujours attribuée à l'Etat ¹ : Cato ap. Fest. u. *uindiciae*.

Il faut, pour comprendre l'hypothèse, supposer une *uindicatio* populaire ², car 'à Rome on ne plaide pas contre l'Etat' et les procès ordinaires entre l'Etat et les particuliers ne s'intentent pas selon la procédure civile ³.

Il est probable que l'Etat était exonéré de l'obligation de fournir caution. Mais la règle avait-elle été fixée par une loi ou par la coutume ?

51. — En matière de *causa liberalis* (*uindicatio in libertatem, in seruitutem*), une disposition positive des Douze-Tables voulait que les *uindiciae* fussent toujours *secundum libertatem*, c'est-à-dire que la personne dont la liberté était en jeu restât libre pendant toute la durée du procès ⁴. C'est à la violation de cette règle par Ap. Claudius que la légende rattache la chute des décemvirs ⁵.

1. Cf. Mommsen, *Dr. public*, trad. P. F. Girard; 1, p. 204, n. 1 ; Bethmann-Hollweg, 1, p. 145.

2. Girard, *Manuel* ⁵, p. 1014, n. 2 et les renvois.

3. Girard, *Manuel* ⁵, p. 969, n.1 et les renvois.

4. Liu. 3, 44 : *lege ab ipso lata uindicias det secundum libertatem*. — Comp. Plaut. *Poen.* 4, 2, 83 ; 5, 2, 3 ; Ter. *Ad.* 2, 1, 40 ; D. (40, 12) 24. 25.

5. Liu. 3, 44-48. 56.57 ; Pomp. D. (1, 2) 2 § 24 ; Dionys. 11, 28-37. — Cf. Maschke, pp. 6-70 ; Girard, *Manuel* ⁵, p. 101 et ss.

VII

52. — A qui incombait la charge de la preuve ?

La preuve était-elle double, devait-elle être faite par chaque partie, ou bien n'y avait-il qu'un seul plaideur qui devait prouver son droit, et quel était-il ?

Suivant une doctrine qui autrefois avait rallié les suffrages de romanistes éminents, les vindiciae auraient fixé les rôles des parties, elles auraient déterminé le petitor et le possessor ¹. La vieille actio sacramento aurait donc connu un demandeur et un défendeur, car, selon la formule de Bekker : ' Besitz gibt Vindizien, Vindizien die Beklagtenrolle, die Beklagtenrolle den Sieg im Falle der Beweisfähigkeit des Gegners ' ².

Contre cette doctrine se sont élevés, en leur temps, Karlowa ³, v. Ihering ⁴, Eck ⁵ : ' bei jener Ansicht — disait v. Ihering — ist nicht berücksichtigt, dass der ältere Vin-

1. Cf. Zimmern, *Gesch. des röm. Privatrechts*, 3, p. 408 ; Wetzell, *Vindicationspr.*, pp. 7 et 60 ; Bonjean, *Actions*, 1845, 1, § 450 ; 2, p. 105 et ss. ; Pellat, *Propr. et usufr.*, p. 28 ; Ortolan, *Inst.*¹², 2, § 1861 et ss. ; Rudorff, *Röm. Rgesch.*, 2, p. 127 et ss. ; Rein, *Privatrecht u. Civilpr. d. Röm.*, p. 894 et ss. ; Huschke, *Gaius*, 1855, p. 488 ; *Multa u. Sacr.*, p. 459 ; *Recht der Publ. Klage*, p. 116 ; Puchta, *Inst.*⁸, 1, p. 474 ; Bethmann-Hollweg, 1, p. 130 et ss., p. 142 et ss., et surtout p. 144 ; Keller, *Proced. civ.*, trad. Capmas, p. 60 ; Keller-Wach, *Civilpr.*⁶, 1883, p. 68, n. 210, et p. 74 ; Bekker, *Aktionen*, 1, p. 207 et ss. ; 2, p. 61 et ss.

2. Bekker, 1, p. 209, n. 8.

3. Karlowa, *Beitr.*, p. 53 et ss. ; *Legisact.*, § 9.

4. Ihering, *Jahrb. für Dogm.*, 9, 1868, p. 59 [= *Besitzesschutz* ², p. 73].

5. Eck, p. 10 et ss.

dicationsprozess ein iudicium duplex war, bei dem beide Parteien als Vindicanten auftraten (uindicatio und contrauindicatio), mithin in gleichem Masse beweispflichtig waren und wo **folglich** nicht der absolute Beweis des Eigentums, sondern das relative Uebergewicht der von beiden Seiten vorgebrachten Beweisgründe den Ausschlag gab¹.

Cette objection, dans notre doctrine, ne porte pas, car nous soutenons que l'actio sacramento n'était pas un iudicium duplex ; par contre nous retenons la déduction de v. Ihering : elle nous servira tout à l'heure, à propos du contenu de la preuve, à prendre position contre lui. Si cependant ce vieux système, qui a été de plus en plus abandonné², nous paraît inexact, c'est parce que les rôles des parties ont été déterminés par la provocation au sacramentum, avant la uindicium dictio à laquelle nous attribuons un tout autre caractère.

53. — Aujourd'hui l'opinion dominante est fixée en ce sens que l'actio sacramento était une action double où les deux parties jouaient à la fois le rôle de demanderesse et de défenderesse, où elles étaient égales au point de vue de la preuve, ou par conséquent chacune devait prouver que son sacramentum était iustum, c'est-à-dire qu'elle était propriétaire³.

1. Ihering, *l. c.* ; comp. Puntschart, p. 357.

2. Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 20 ; Bechmann, p. 31.

3. Voy. entre autres (outre Ihering, Karlowa, Eck), Krüger, *Krit. Versuche*, p. 74 et ss., p. 100 et ss. ; Baron, *Inst. u. Civilpr.*, p. 387 ; Accarias, *Précis*⁴, 2, p. 677 ; Cuq, *Inst. jurid.*⁵, 1, p. 89 ;

54. — Suivant un autre système, des plus intéressants et qui est dû à Bechmann, la preuve de la propriété aurait incombé au contra uindicans, c'est-à-dire au possesseur primitif ¹.

En effet, le pari du sacramentum (Sacramentswette ²) était sans aucun doute bilatéral, en ce sens que chaque partie faisait un enjeu. Mais de ce qu'il y a pari, il ne s'ensuit nullement qu'il doive embrasser les deux affirmations contraires. Tel était cependant le cas dans la procédure des interdits prohibitaires où l'on concluait un double pari en la forme de quatre stipulations. A ces quatre stipulations, dans notre cas, devraient correspondre quatre sacramenta, le premier groupe de deux sacramenta se rapportant au cas où le contra uindicans aurait revendiqué sans droit, et l'autre groupe également de deux sacramenta se rapportant au cas où ce serait le uindicans qui aurait revendiqué sans droit ³.

Mais le plus sûr est de penser qu'il n'y avait qu'un pari, et non pas un double pari : le texte de Gaius ne permet pas d'autre interprétation, et d'ailleurs il n'existe nulle trace d'un double pari. Cela étant, 'war die Wette zwar zweiseitig, aber nur eingliedrig, ist also nur über die eine

Girard, *Manuel* ³, p. 336 et ss. — Ne se prononcent pas : Carle, *Orig. del dir. rom.*, 1888 ; Bonfante, *Dir. rom.*, 1900, et *Storia del dir. rom.*, 1903.

1. Bechmann, § 13.

2. Cf. Brinz, p. 115, n. 45 ; Padellotti, *Le l. a.*, *Archivio*, 17, 1876, p. 325 et ss. ; Roth, pp. 121-124 ; Münderloh, p. 450 et ss. ; Costa, *Il dir. privato rom. nelle comedie di Plauto*, 1890, p. 433, n. 259.

3. Cf. Brinz, p. 113 et ss.

Behauptung gewettet worden, so kann dies nur die des Contravindicanten gewesen sein'. Par là se trouve aussi simplifié le reste de la procédure : 'die vom Richter zu entscheidende Frage ist lediglich die ob der Contravindicant ius fecit oder nicht. Das Eigentum des Vindicanten kommt direkt nicht zur richterlichen Entscheidung und so ist auch die Möglichkeit ganz ausgeschlossen, dass beide Sacramente für iniusta erklärt werden. Ist das sacramentum des Contravindicanten iniustum, so bleibt damit von selbst die Rechtsbehauptung des Gegners in Kraft und es kann dieser nunmehr prätorische Addiction verlangen. Zugleich ist von selbst auch die Frage der Beweislast erledigt : dieselbe trifft den Contravindicanten' ¹.

C'est une conclusion qui résulte du point de départ de Bechmann, à savoir que le vindicans était possesseur dans l'instance, et possesseur véritable ayant l'animus rem sibi habendi. Mais le but de la procédure étant de provoquer les prétentions des tiers, il n'y a rien de surprenant que celui qui se présente avec une prétention doive aussi la prouver, et que le vindicans obtienne gain de cause non seulement lorsqu'il n'y a aucune prétention d'éllevée, mais aussi lorsque celle qui a été élevée n'a pas été prouvée. Ce résultat s'accorde pleinement avec l'adage du droit postérieur 'melior est causa possidentis', mais non pas avec cet autre 'actore non probante reus absolutur'. Ce serait cependant une erreur de

1. Bechmann, p. 29.

considérer ce dernier adage comme une vérité éternelle ne souffrant aucune dérogation historique. Cet adage s'applique à la formula petitoria, mais que celle-ci n'ait été qu'une suite de l'actio sacramento, c'est ce que précisément il faudrait prouver, et on ne le prouve nullement 'durch die leere Phrase von der Continuität des römischen Rechtsentwicklung' ¹.

Nous ne saurions souscrire à ces conclusions ; celles-ci sont même, dans une certaine mesure, diamétralement opposées aux nôtres. On suppose en effet, pour ne prendre que ces deux points, que le uindicans était nécessairement possesseur dans l'instance, et que le pari du sacramentum embrassait les prétentions de son adversaire.

Or, avons-nous vu (p. 40), au début du litige il n'y a pas de possesseur, car la chose se trouve 'frei vor Gericht' et est l'objet des uindicationes des plaideurs qui 'eadem similiter dicebant et faciebant'. Plus tard, au cours de la procédure, le préteur constituait possesseur l'un d'eux, mais non pas nécessairement l'un ou l'autre.

D'autre part le uindicans, qu'on suppose en possession, en provoquant son adversaire au pari, lui aurait dit : 'je parie que tu as revendiqué sans droit' ². — Ici nous sommes bien forcés de faire état d'une hypothèse que nous avons émise et essayé de justifier : ce n'est pas celui que les interprètes appellent uindicans qui provoquait son

1. Bechmann, p. 30.

2. Gai. 4, 16 : qui prior uindicauerat dicebat : QUANDO TU INIURIA REL.

adversaire au sacramentum, mais bien celui qu'on a coutume d'appeler *contra uindicans*. Par là aussi la question du fardeau de la preuve change du tout au tout : celui-ci incombait au *uindicans*.

55. — Reste à exposer notre propre opinion.

L'*actio sacramento* qui débute comme un *iudicium duplex* (en ce sens que chaque plaideur prend position comme demandeur), devient par suite de la provocation réciproque des parties au *sacramentum*, et par conséquent avant le *uindicias dicere* du magistrat, un *iudicium simplex*, avec un demandeur et un défendeur, un demandeur qui doit prouver son droit, un défendeur qui n'a rien à prouver et peut se contenter de nier les prétentions de son adversaire¹.

‘Kein Satz des Vindicationsrechtes — disait v. Brinz — ist mehr in Fleisch und Blut unseres modernen Rechtsbewusstseins übergegangen, als der, dass Beklagter besitzen, Kläger beweisen, jener negiren, dieser behaupten müsse’². Si d'autre part on a en vue que ‘die Römer selten auf etwas ganz ungehöriges verfallen sind, und ihre Rechtsentwicklung meist auf geradem Wege vorgegangen ist’³, qu'il existe en un mot une ‘Constanz der römischen Grundsätze’⁴ — et ce ne sont pas là de ‘leere Phrasen’⁵ — la duplicité de la procédure revendicatoire

1. Comp. Rudorff, 2, p. 128.

2. Brinz, p. 123.

3. Bekker, 1, p. 208 en note.

4. Bethmann-Hollweg, 1, p. 94 n. 27.

5. Bechmann, p. 30.

apparaît comme une véritable anomalie dont on doit essayer de débarrasser le droit romain, en tant, bien entendu, que les sources le permettent, et c'est précisément le cas.

A notre sens, pour soutenir d'une manière conséquente que l'actio sacramento était une procédure double, en supposant que les textes n'infirmant pas pareille théorie, il faudrait faire une hypothèse initiale, il faudrait supposer que primitivement, dans un temps fort lointain, à l'époque royale par exemple, la procédure débutait par une confiscation conditionnelle de l'autorité ; celle ci, représentée par le roi ou le pontife, aurait dit aux plaideurs : il y a contestation entre vous au sujet de l'esclave Stichus dont vous vous prétendez tous deux propriétaires, et vous venez pour que je solutionne le litige. C'est fort bien ! Je confisque la chose, mais je la confisque d'une manière conditionnelle seulement, sous la condition de la rendre à celui de vous deux qui aura prouvé que l'esclave Stichus lui appartient. Si aucun de vous ne parvient à faire la preuve de son droit, c'est moi qui garderai la chose d'une façon définitive : elle servira aux besoins du culte, par exemple. — Voilà comment on pourrait expliquer la nécessité des deux uindicationes (HUNC EGO HOMINEM rel.) et la possibilité des deux sacramenta déclarés iniusta.

Seulement, il faut le remarquer, la procédure ne serait encore pas double au sens courant de ce mot, car on appelle procédure double celle dans laquelle chaque partie joue à la fois le rôle de demanderesse et de défende-

resse, et où par conséquent chacune d'elles doit prouver pareillement le bien fondé de ses prétentions, — Or, dans notre action, chaque partie se présenterait bien comme demanderesse et serait obligée de prouver son droit, mais il n'y aurait pas de défendeur, à moins qu'on ne veuille attribuer ce rôle à l'autorité.

56. — D'ailleurs on se leurre dans l'opinion dominante quand on s'imagine, dans la représentation qu'on se fait de l'actio sacramento que celle-ci était un iudicium duplex au sens courant du mot. Car il arrive en effet ceci : on pose en principe que chaque partie devait prouver également sa propriété. Or, qu'advient-il si l'on admet la possibilité des deux sacramenta iniusta ? Il advient qu'il y a un plaideur qui possède, c'est celui auquel la chose a été provisoirement confiée, et un autre qui ne possède pas. Comme au point de vue d'une construction juridique — quelque terrible qu'ait pu être pour l'avarice d'un vieux Romain l'éventualité de perdre ses cinquante ou cinq cents as — la peine du sacramentum est un détail dont il ne doit pas être fait état, il y aura un plaideur qui pourra dire à son adversaire : je possède, cela me suffit ; puisque vous, vous prétendez que la chose vous appartient, prouvez-le (et c'est d'une preuve absolue qu'il s'agit) ; si vous arrivez à faire votre preuve, je vous rendrai la chose, car c'est justice, sinon je la garderai définitivement. — Ce plaideur n'est-il pas celui qu'en bonne langue juridique on appelle défendeur ?

57. — D'ailleurs les textes qui représentent l'actio sa-

cramento comme un iudicium duplex (voy. p. 49 n. 4) — et nous entendons par là une action où il y a deux demandeurs — se rapportent tous, sans exception, à la procédure in iure antérieure au uindicias dicere du préteur ; tous nous parlent de la nécessité d'une double uindicatio, mais aucun ne souffle mot d'une preuve devant être faite par chaque plaideur. En un mot tous ces textes viennent à l'appui de notre doctrine.

Chose remarquable : Gaius, qui au Comm. IIII, § 16 évite avec un soin manifeste, dans la phase de la procédure antérieure au uindicias dicere, d'employer les termes techniques de petitor et possessor ¹, s'exprime ainsi au § 94 :

Praedes... a possessore petitori dabantur ².

58. — Que l'actio sacramento devienne au cours de la procédure un iudicium simplex, avec un demandeur qui doit prouver son droit et un défendeur qui n'a rien à prouver, ce n'est pas une conjecture, car les textes suivants viennent attester la simplicité de l'action :

1. Gai. 94, 4 : praedes... a possessore petitori dabantur.

2. Prob. 4, 5 : s. n. s. Q. si negat, sacramento quaerito ³.

3. Uarro de L. L. 5, 180 : sacramentum a sacro ; qui(s) petebat et qui infitiabatur... ⁴

1. Voy. p. 82.

2. Voy. p. 85.

3. Cette abréviation soulève bien des difficultés : qu'il nous suffise de constater qu'elle se rapporte à l'actio in rem, à cause de sa place entre E. 1. M. C. U. ex iure manum consertum uocauit (4, 4) et s. s. C. S. D. E. T. U. secundum suam causam sicut dixi ecce tibi uindicta (4, 6).

4. Il n'y a pas l'ombre d'une raison de restreindre ce texte au sa-

4. Cic. *pro Mur.* 12, 26 : quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille, **unde petebatur** ¹, non habebat.
5. Cic. *pro Mil.* 27, 74 : — non iniustis uindictis ac sacramentis **alienos fundos... petebat**.
6. Cic. *de Or.* 1, 10, 41 : — multisque praeissem, qui aut interdicto tecum contenderent aut te ex iure manum consertum uocarent, quod **in alienas possessiones tam temere irruisses**.
7. Cic. *ad fam.* 7, 32, 2 : ut sacramento contendas **mea non esse**.
8. Liu. 3, 44, 9 : notam iudici fabulam **petitor... peragit**.
9. Liu. 3, 47, 4 : et ultro quaerente pauca **petitore**, quod ius sibi pridie per ambitionem dictum non esset...

59. — Reste à expliquer pourquoi l'action débute dans la procédure in iure comme iudicium duplex, au sens que nous attachons à ce terme.

Nous voyons à cela plusieurs raisons.

C'est d'abord le formalisme primitif : au temps des Douze-Tables les paroles solennelles prononcées par un plaideur avaient la vertu, à elles seules, de lui permettre légitimement, si elles n'étaient pas paralysées par d'autres paroles solennelles contraires, d'exercer le droit auquel il prétendait (voy. p. 50 n. 2).

cramentum in personam : Brinz, p. 120. — Mais comment le concilier avec Gai. 2, 24 (in iure cessio) : — quo negante aut tacente ? Le texte de Gaius se rapporte à la procédure in iure, celui de Varron à la procédure in iudicio.

1. Ter. *Eun.* prol. 11 ; Cic. *de Or.* 1, 37, 168 ; *ad fam.* 7, 11, 1 ; Gell. 14, 2, 21.26 ; nombreux exemples chez Girard, *Textes* ³, pp. 24-128, notamment lex Acilia repet., ll. 6, 19, 24, 26, 27, 33, 70.

En matière réelle, il y avait encore une raison : la protection possessoire n'existait pas :

Fest. u. possessio : — in legitimis actionibus nemo ex iure Quiritium possessionem suam uocare audet.

Dès lors à la prétention d'un plaideur se disant propriétaire de la chose, l'adversaire n'aurait pu répliquer en invoquant sa possession : il invoquera également sa propriété, et de la sorte il sera qualifié de posséder de la seule manière légitime à l'époque, c'est-à-dire en vertu de la propriété¹.

Une troisième raison est le caractère essentiellement réel de la procédure revendicatoire². En matière personnelle, en droit romain, on agit *cum aliquo*. avec quelqu'un ; mais en matière réelle, au contraire, on agit *in rem*, contre la chose elle-même : l'action est *in rem*³ :

Gai. 2,24 (in iure cessio) : — quo negante aut tacente tunc ei qui uindicauerit, (preator) eam rem addicit, ce qui veut dire que l'action étant intentée contre la chose

1. Lotmar, *Zur. l. a. sacr.*, p. 12 : ' Wenn ein Anderer die Stirn hat zu sagen, die Sache, die ich bisher besass, sei sein, soll ich sie verlieren, weil ich mir nicht getraue zu sagen, sie sei mein ; wenn ein Anderer sagt, er habe Eigentum an dieser Sache, und ich erwidere : nein, es ist nicht wahr, dann soll der Staat meinen Widerspruch für Nichts achten, und erklären können, der Andere soll Eigentümer sein '. Il en était pourtant ainsi : le droit romain n'est pas arrivé à sa perfection en un seul jour. — Voy. ce que dit Girard, *Manuel*⁵, p. 421 sur le dol.

2. Voy. Roth, p. 130.

3. Comp. Em. Lévy, p. 33 : ' La procédure per sacramentum a... un caractère tout à fait personnel. Quand on la traite d'action in rem, c'est en se plaçant à un point de vue purement objectif ; au sens procédural, c'était bien une action dirigée in personam '.

elle-même, si l'on ne revendique pas contre celle-ci, le procès ne peut se lier. Dans le même sens :

Cic. *pro Mur.* 12, 26 : **quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille, unde petebatur, non habebat.**

De même encore :

Gai. 3, 94 : — **iure belli res uindicantur.**

Gai. 4, 17 : **in eam partem quasi in totam rem praesentem fiebat uindicatio.**

Gell. 20, 10, 7 : — **in ea re sollemnibus uerbis uindicare.**

Ps. Ascon. *in act. II in Uerr.* 1, 26 (52, p. 164) : **namque cum in rem aliquam agerent litigatores...**

Par conséquent, il faut que chaque plaideur exprime ses prétentions contre la chose elle-même, et il ne peut s'agir que de prétentions à la propriété puisque, avons-nous vu, la possession en tant que telle ne reçoit encore aucune protection. Une fois ces prétentions exprimées, rien ne s'oppose à ce que l'action se déroule comme iudicium simplex, avec un demandeur qui doit prouver son droit, et un défendeur qui peut se contenter de nier, in iudicio, les prétentions de l'adversaire ¹.

60. — Une sérieuse confirmation de notre doctrine ré-

1. Sur la possibilité d'une action négatoire au temps des Douze-Tables :

Pomp. D. (43, 27) 2 : **si arbor ex uicini fundo uento inclinata in tuum fundum sit ex lege duodecim tabularum de adimenda ea recte agere potes ius ei non esse ita arborem habere.**

Comp. Ulp. fr. 1 § 8 *eod.* : **quod ait praetor, et lex duodecim tabularum efficere uoluit, ut quindecim pedes altius rami arboris circumcidantur : et hoc idcirco effectum est, ne umbra arboris uicino praedio noceret,**

sulte du pari même du sacramentum ¹. Le défendeur, on s'en souvient, disait à son adversaire :

QUANDO TU INIURIA VINDICAUISTI, D AERIS SACRAMENTO
TE PROUOCO ²

et celui-ci quoque dicebat similiter :

ET EGO TE.

Quel est le sens de cette provocation ? Il résulte de sa teneur même qu'il n'est nullement question d'un pari : celui-ci est sous-entendu, et il n'est question que de la déposition des enjeux. Le défendeur disait : ' je te provoque à déposer ton enjeu, ton sacramentum ', et son adversaire lui répondait : ' et moi aussi je te provoque à déposer le tien '. Il y a donc deux enjeux, par conséquent il n'y a qu'un pari ; s'il y avait eu un double pari, il aurait fallu quatre enjeux ³ : dans l'interdit *uti possidetis* il y avait deux paris avec quatre enjeux. Aussi dans cet interdit ' jededer beiden Parteien wettet auf ihren Besitz, behauptend, dass ihr von der anderen edictswidrig Gewalt geschehen ; jede wettet auf Nichtbesitz der anderen, widersprechend, dass derselben von ihr edictswidrig Gewalt geschehen ; jede stipulirt und promittirt zweimal ; jede stipulirt X, wenn ihr vom Promittenten edictswidrig Gewalt geschehen, jede promittirt X, wenn ihr vom Restipulanten edictswidrig Gewalt nicht geschehen ; jede promittirt ferner X, wenn

1. Cf. Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 15 ; Brinz, p. 111 et ss. ; Bechmann, p. 28 et ss.

2. Cf. Roth, p. 134.

3. Voy. Roth, p. 135 et ss.

umgekehrt sie dem Stipulator edw. Gewalt zugefügt, und restipulirt X, wenn Dem nicht so sein sollte. Also zahlt der Unterliegende zweimal, gewinnt der Sieger doppelt, All' Das gleichmässig, ob nun die Stipulationen und Restipulationen alle von einander getrennt vor sich gehen, oder je mit der Stipulation (von X, wenn mir Gewalt geschehen) die Restipulation (von X, wenn Dir keine Gewalt geschehen) verbunden wird¹.

Mais dans l'actio sacramento il n'y avait qu'un double enjeu, car les plaideurs ne se provoquaient qu'une seule fois à la déposition du sacramentum, et ils disaient : SACRAMENTO (et non pas sacramentis) TE PROVOCO. La preuve que chaque plaideur ne déposait qu'un seul enjeu, est aussi dans les textes suivants :

Gai. 4,13 : — qui uictus erat, summam **sacramenti** (et non pas sacramentorum) praestabat poenae nomine.

Gai. 4,14 : poena autem **sacramenti** (même observation) aut quingenaria erat aut quinquagenaria.

Gai 4,16 : praedes ipse praetor ab utroque accipiebat **sacramenti** (même observation).

Uarro de L. L. 5,180 : qui iudicio uicerat, suum **sacramentum** e sacro aufererat, uicti ad aerarium redibat.

Ps. Ascon. in act. II in Uerr. 1,26 (52, p. 164) : — (liti-gatores) poena se **sacramenti** peterent.

On ne trouve d'ailleurs nulle trace dans aucun texte d'un double pari.

1. Brinz, p. 113 bas.

Si donc le pari était unique, c'est-à-dire qu'il ne comportait que deux enjeux ¹, il s'ensuit d'une façon nécessaire que l'on ne pariait que sur les prétentions d'un seul plaideur ². Celui-ci ne pouvait être que le demandeur, car c'est le plaideur sur les prétentions duquel on pariait qui devait faire la preuve de son droit. Or il est conforme à la 'Constanzt der römischen Grundsätze' dont parle v. Bethmann-Hollweg, que dans l'actio sacramento aussi le fardeau de la preuve ait été imposé au demandeur. S'il en avait été autrement, il y aurait eu anomalie, et l'on pourrait à juste titre s'étonner de n'en trouver nulle trace dans les textes. Dans notre doctrine il y aurait même en ce sens une raison de plus tirée de ce que le pari portait sur le point de savoir si le demandeur ius fecit ou non en revendiquant la chose ; par là aussi se trouvait déterminée la mission du juge : il devait examiner uniquement si le demandeur avait revendiqué recte ou iniuria.

61. — Dans la doctrine dominante qui admet que l'ac-

1. Brinz, p. 113 : 'eine Wette gibt zwei Versprechungen, Einsätze, Summen ; eine des Behauptenden, eine des Widersprechenden ; zwei Wetten geben vier Versprechen, Einsätze, Summen'.

2. Em. Lévy, p. 38 : 'On dit qu'il y aurait eu non seulement deux, mais bien quatre enjeux s'il s'était agi d'apprécier deux prétentions. Comme si la prétention de chacun n'était pas la négation du droit même de l'autre. Il paraît bizarre aux auteurs qui défendent cette doctrine que le sacramentum de l'un puisse être iniustum sans que celui de l'autre soit nécessairement iustum. Mais de ce que l'on nie le droit de celui-là, il n'en résulte pas un droit pour celui-ci. Il nous paraît, au contraire, très logique et juste de déclarer iniustum le sacramentum d'un plaideur qui chicane sans fondement les autres après avoir usé contre eux de violence. C'est en tout cas très conforme à l'esprit du droit romain'.

tio sacramento était une action double, dans laquelle par conséquent chaque partie devait prouver son droit, il se pose la question suivante : Qu'advenait-il au cas où aucun des plaideurs n'arrivait à faire sa preuve ? Les auteurs répondent à cette question de deux manières différentes ; les uns disent : les deux sacramenta étaient déclarés iniusta.

v. Ihering, *Geist* ⁴, 31, p. 94 n. 114^b : 'Bei einem iudic. simplex konnte allerdings stets nur das sacram. des einen Teils verfallen, allein da bei einem iudic. duplex die Möglichkeit bestand, dass beide Teile mit ihren Klagen abgewiesen wurden, so war der Staat in seinem Recht, in diesem Fall von beiden das Succumbenzgeld einzuziehen'.

Karlowa, *Legsact.*, p. 86 : 'Das Gericht in diesem alten Eigentumsprozess beider Vindicanten sacramenta für iniusta erklären konnte, wenn es keinem von beiden gelungen war, sein Eigentum zu erweisen'.

Girard, *Manuel* ⁵, p. 337 : 'Sur les preuves administrées — le juge devait même logiquement déclarer les deux sacramenta iniusta, quand ni l'un ni l'autre n'avait pu prouver sa propriété'.

Les autres cherchent des expédients.

Huschke, *Multa u. Sacr.*, p. 458 : 'Uebrigens musste in dinglichen Klagen dem Richter freistehen, auch ohne alle litis addictio an den Einen oder Andern und ohne sich über das sacramentum des Gegners auszusprechen blos das sacramentum des Klägers, das heisst dessen, der die

Vindicien nicht erhalten hatte, für iniustum zu erklären'¹.

Eck, *Doppel. Klagen*, p. 16 bas : 'Wenn kein voller Beweis quiritarischen Eigentums erbracht war, der Richter allemal zu Gunsten desjenigen entschied, welcher das relativ bessere Recht, beziehungsweise den jüngeren Besitz der Sache dargetan hatte'².

Dernburg, *Jurist. Besitz d. röm. Rechts*, p. 45 : 'Der Richter musste entweder den Vindikanten oder den Kontravindikanten als den Eigentümer anerkennen ; eine andere Alternative bestand für ihn nicht. Es ist dies nichts Unerhörtes. Das Ziel, welches der Richter zu erreichen hat, ist nicht die absolute Wahrheit, sein Spruch wirkt nur unter den Parteien. Deshalb existiren im gewissen Sinne für seinen Spruch nur die Parteien'.

Bekker, *Aktionen*, I, p. 209 : 'Zur logischen Notwendigkeit ist eine prozessualische gefügt : logisch notwendig dass res die im Eigentum des Agerius steht im Eigentum des Numerius nicht stehe, daher die Bejahung der Behauptung des Einen die Verneinung der Behauptung des Andern bedingt ; prozessualisch notwendig, dass die Verneinung des Eigentums des Einem als Bejahung des Eigentums des Andern ausgedeutet wird. Nun kann der Prozess

1. Cf. aussi *eod.* p. 454, et p. 455 : 'Der Richter über das beiderseitige sacramentum, ob iustum oder iniustum, doch auch und zwar jedenfalls und in erster Stelle urteilen muss'. — Cf. Lotmar, *Zur l. a. sacr.*, § 15 ; Brinz, p. 118 et ss.

2. Cf. Ihering, *Geist*, 31, p. 93, n. 114^a ; Karlowa, pp. 85-86 ; Bekker, I, p. 209 n. 8 ; Dernburg, *Jurist. Besitz d. röm. Rechts*, p. 44, n. 7 ; Göppert, *Krit. Vjschr.*, 14, 1872, pp. 537-538.

ein formell unbefriedigendes Resultat überall nicht mehr ergeben ; entweder

rem Agerii esse, daher logisch Numerii non esse
oder

rem Agerii non esse, daher prozessrechtlich Numerii
esse.

Bei dieser Verknüpfung der Negationen und Positionen aber kann die Gleichseitigkeit nicht mehr aufrecht erhalten werden, ein Teil muss den Haupt der andere den Gegenbeweis zu erbringen haben, will sagen dass wenn A. beweisfällig wird, sei es auch dass N. selber positiv nicht mehr zu erweisen vermocht hätte, das formal-prozessualische Resultat dahin ergeht :

rem Numerii esse'.

Même abstraction faite de notre doctrine, aucun de ces expédients ne saurait nous satisfaire. A Eck et Dernburg il faut répondre que la preuve n'est pas relative, mais absolue ; à Huschke, qu'on ne voit pas pourquoi l'Etat se contenterait d'un seul enjeu, alors qu'il pourrait empocher les deux ; à Bekker, qu'il est logique en effet que de ce que rem Agerii esse il résulte Numerii non esse, mais que dans l'hypothèse de la Beweisfälligkeit des deux parties, on ne voit pas pourquoi du rem Agerii non esse il résulterait rem Numerii esse : il y a là une prozessualische Notwendigkeit qui nous échappe.

Reste la solution des deux sacramenta iniusta : c'est évidemment, ainsi que le remarque M. Girard, la seule qui soit logique. Mais cela ne suffit pas. Comment expliquer que Varron ne sache rien de cette solution ?

Uarr. *de L. L.* 5, 180 : qui iudicio uicerat, suum sacramentum e sacro auferebat, uicti ad aerarium redibat.

V. Ihering, 31, p. 94, n. 114^b, répond : ' ce passage steht nicht im Wege, denn bei dem vorausgesetzten Ausgang des Doppelprocesses war Niemand da : qui iudicio uicerat, für beide galt der Satz : uicti ad aerarium redibat '. — Voilà qui va bien, mais la question reste entière : Pourquoi Varron prévoit-il uniquement le cas où il y a un gagnant et un perdant, et ne souffle-t-il mot du cas certainement assez fréquent où il n'y a que deux perdants ? C'est cela qu'il faut expliquer.

D'ailleurs Gaius non plus ne sait rien de cette solution, car il dit simplement (4, 13) : qui uictus erat, summam sacramenti praestabat poenae nomine.

Aussi sommes-nous persuadé que l'hypothèse des deux sacramenta iniusta a été purement et simplement inventée par les interprètes.

VIII

62. — Quel était le contenu de la preuve ; s'agissait-il d'une preuve relative ou d'une preuve absolue ?

Selon une théorie qui compte de nombreux partisans ¹, la preuve à fournir in iudicio était une preuve relative : il

1. Ihering, *Jahrb. für Dogm.*, 9, 1868, p. 50 et ss. [= *Etudes complém. de l'Espr. du dr. rom.*, trad. de Meulenaere, 2, p. 66] ; Eck, pp. 16-17 ; Brinz, pp. 121-122 ; Pflüger, § 7, p. 58 et ss. ; Lenel, *Nachtr. zum E. P.*, *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 29 et ss.

s'agissait uniquement de comparer les preuves respectives des deux plaideurs, de les mettre pour ainsi dire dans la balance, et de donner la préférence à celle qui faisait pencher le plus le plateau de son côté. ' Es ist... fast undenkbar, — dit Lenel — dass die Römer im doppelseitigen Verfahren der *legis actio sacramento* den absoluten Beweis des Eigentums gefordert haben sollten. Der Beweis formgemässen Erwerbs vom Vorbesitzer musste hier *prima facie* den Eigentumsbeweis ersetzen, d. h. zum Sieg verhelfen, wenn nicht die Gegenpartei einen gleichwertigen Beweis für sich beibrachte; war Letzteres der Fall, standen die Wagschalen der Vermutung gleich, dann, aber auch nur dann, musste, wer siegen wollte, allerdings die *probatio diabolica* durch Beweis des *dominium auctoris* oder *per Ersitzung* liefern ¹ '.

Il en était de même, remarque v. Ihering², dans l'ancienne procédure anglaise où la question posée au juge ne tendait pas non plus à savoir si le demandeur avait la propriété, mais seulement

utrum A uel B maius ius habeat in terra illa ³.

Aussi ' der römische *iudex*, der bekanntlich an eine strenge Beweistheorie nicht gebunden war, (wägte) sicherlich das Mass der Glaubwürdigkeit beider *causae* gegeneinander ab, die beiderseitigen Autoren wurden vorgeführt und befragt, wie sie zur Sache gekommen waren — ein

1. Lenel, *l. c.*, p. 29 bas.

2. Ihering, *l. c.*, p. 59, n. 69 [= *Esprit*, 4, p. 400, n. 150].

3. Gneist, *Selfgovernment* (Ihering).

Verfahren, bei dem man regelmässig dem wahren Sachverhalt d. h. demjenigen, der die Sache gestohlen hatte, auf die Spur kam. War es dem Kläger gelungen, den Beklagten in seinem eigenen Lügengewebe zu verstricken, so mochte schon, um in der Sprache des heutigen Processes zu reden, ein halber Beweis seiner eigenen causa die Wirkung eines ganzen ausüben, und der Nachweis, dass er gekauft, während der Beklagte oder seine Autoren sich über die Sache nicht ausweisen konnten, dem Richter über das Bedenken hinweghelfen, ob denn auch der Autor des Klägers und dessen Autoren wirkliches Eigentum gehabt hätten. Mit andern Worten also : die R. U. wird schon im ältern Process nicht selten die Wirkung der *Publicianā actio* gehabt haben ¹.

V. Ihering attache la plus grande importance aux causae des plaideurs : il cite Plaute, *Curc.* 4, 2, 12 : nec uobis autor ullus est nec uosmet estis ulli ; il remarque aussi que dans le droit russe ancien ' man frage den unrechtmässigen Besitzer, wo er die Sache her habe, d. h. wer sein Bürge sein ; diese alte R. U. ... führte immer auf den Dieb hinaus (*Krit. Z. für Rwissen. u. Gesetzgeb. des Auslandes*, 12, p. 73) ².

63. — Ce système — malgré l'autorité très légitime qui s'attache à quelques-uns de ses défenseurs — ne nous paraît pas exact. On peut d'ailleurs le formuler en syllogisme : Dans les actions doubles la preuve qui doit être

1. Ihering, *Geist* ⁴, 31, p. 104 bas.

2. Ihering, 31, p. 105 n. 129^d.

fournie par chaque plaideur, est une preuve relative ; or, l'actio sacramento est une procédure double ; donc ¹ la preuve dans cette action est purement relative.

Nous avons essayé de démontrer que l'actio sacramento n'est pas un iudicium duplex, aussi pourrions-nous répondre avec la même rigueur de raisonnement : Dans les procédures doubles la preuve est relative ; or, l'actio sacramento est une procédure simple, donc la preuve y est absolue.

On nous dit que dans l'ancien droit anglais — et peut-être même, ajouterons-nous, dans l'ancien droit allemand ² — il s'agissait uniquement d'apprécier *utrum A uel B maius ius habeat in terra illa*. C'est un point que nous nous garderons bien de contester. Mais si l'on voulait en tirer argument et dire par exemple : dans l'ancien droit anglais la preuve était relative, donc il en était de même dans l'ancien droit romain, alors nous répondrions : dans le droit romain ancien la preuve était absolue, donc il en était de même dans l'ancien droit anglais. Ces deux raisonnements sont parfaitement aussi rigoureux l'un que l'autre : ils sont tous les deux également faux, car rien n'empêche que sur ce point, comme sur bien d'autres, les deux législations aient été différentes.

Il faut aller plus loin : même en admettant que l'actio sacramento ait été un iudicium duplex, il faudrait encore soutenir que la preuve y devait être absolue.

1. 'Folglich' : v. citation de Ihering, p. 92.

2. Voy. renvois chez Brinz, p. 421 n. 63 ; p. 437 n. 95 ; p. 443 et note 106.

En droit romain le plaideur ne soutient pas ‘sibi maius ius esse in homine Sticho’, et la question posée au juré n’est pas ‘utrum A^s A^s uel N^s N^s maius ius habeat in homine illo’; mais le plaideur dit au contraire : ‘hunc ego hominem e. i. Q. meum esse aio’ et la mission du juré est de décider ‘utrius sacramentum iustum uel iniustum est’. Cette différence est essentielle et décide de la question. — En effet, disent les textes :

Cic. *pro Caec.* 33,97 : cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemuiris religionem iniecisset, non posse **nostrum sacramentum iustum** (et non pas iustius) **iudicari**, quod Arretinis adempta ciuitas esset, et ego uehementius contendissem, ciuitatem adimi non potuisse, decemuiri prima actione non iudicauerunt; postea re quaesita et deliberata **sacramentum nostrum iustum** (et non pas iustius) iudicauerunt.

Cic. *pro Mil.* 27,74 : — qui non calumnia litium, non **iniustis** (et non pas minus iustis) uindiciis ac **sacramentis** alienos fundos... petebat.

Cic. *pro Domo* 29, 78 : si decemuiri **sacramentum** in libertatem **iniustum** (et non pas minus iustum) **iudicassent**.

Cic. *de Or.* 1,10,42 : agerent enim tecum lege primum Pythagorei omnes atque Democritii ceterique sua in iure physici uindicarent, ornati homines in dicendo et graues, quibuscum tibi **iusto sacramento** (même obs.) contendere non liceret.

Arnob. *adu. nat.* 4,16 : — quis arbiter ceruicibus tantis

erit, qui.... sacramenta conetur pronuntiare non iniusta (même obs.) ?

La doctrine que nous combattons 'beruht auf der Anschauung, dass die Römer in jener ältern Zeit das Eigentumsrecht noch nicht in der spätern correcten Weise erfasst, das die Eigentumsklage gleichsam die Klage aus dem relativ bessern Recht an der Sache, die Publiciana, noch mit umfasst habe. Im Gegenteil muss aber behauptet werden, dass das römische Volk schon damals den Begriff des Eigentums mit derselben Schärfe erfasst hat, wie später, dass in den Worten der legis actio : Hunc ego h. e. i. Q. m. e. a. der Eigentumsbegriff eben so scharf und deutlich ausgedrückt ist, als in den Worten der formula petitoria : Si paret hominem Stichum e. i. Q. Aⁱ Aⁱ esse' ¹.

Même en admettant avec v. Ihering que le juge romain n'était tenu par aucune règle de preuve, n'y aurait-il pas contradiction à voir triompher un plaideur qui a prouvé seulement que son droit était préférable à celui de son adversaire, alors qu'il devait prouver ce qu'il avait avancé, à savoir qu'il était propriétaire d'une manière pure et simple, envers et contre tous ?

Et quelle peut être au juste la valeur de la causa, que v. Ihering entend uniformément comme 'Erwerbsgrund' — ce qui ne nous paraît pas exact ? Suffit-il qu'un plaideur emmène son auteur, son répondant devant le juré et prouve avoir acheté, alors que son adversaire ne peut en

1. Karlowa, *Legisact.*, p. 85 bas.

faire autant, pour avoir gain de cause ? Mais le droit civil n'a-t-il pas posé des règles précises pour la transmission de la propriété quiritaire, pour laquelle il exige une *mancipatio*, *in iure cessio* ou *usucapio* ? Peut-on admettre qu'à propos de la procédure on se soit départi des règles posées par le droit, et que pour le transfert d'une *res mancipi* on se soit contenté par exemple d'une simple tradition ? En un mot, est-il croyable que la *rei uindicatio* dans l'ancienne procédure ait eu l'effet de la *Publicienne* ?

On dit aussi qu'une preuve absolue aurait présenté de grandes difficultés pratiques : ces difficultés sont purement imaginaires, ainsi que nous essayerons de le montrer dans le chapitre suivant.

VIII

64. — Concluons.

L'*actio sacramento* était essentiellement simple ; cependant au début de la procédure *in iure*, et pour des raisons que nous avons essayé d'expliquer, cette action prenait un caractère double en ce sens, mais en ce sens seulement que chaque partie devait affirmer son droit de propriété sur la chose. Au fond, peut-être pourrait-on faire abstraction de cette particularité, car, pour qu'il y ait litige ne faut-il pas deux prétentions contraires et qui soient exprimées convenablement ? Ce n'est qu'après que ces prétentions ont été exprimées qu'il peut-être parlé réellement de litige.

L'action étant simple, comporte naturellement un de-

mandeur et un défendeur : la preuve incombe au premier, et c'est d'une preuve absolue qu'il s'agit.

Cette façon de voir nous paraît conforme à la continuité du droit romain : ' tout va par degrés dans la nature et rien par saut ' disait Leibniz ¹, et cette vérité s'applique également aux principes juridiques ; elle est conforme aussi aux textes. Ces derniers ne sont malheureusement pas suffisamment explicites pour exclure toute conjecture, aussi quiconque écrit sur l'actio sacramento ne doit pas chercher à convaincre son prochain, d'autant plus que, pour reprendre un mot de Studemund, fallax opinio diuinatrix.

1. Leibniz, *Nouveaux essais sur l'entendement*, 4, 16 (Œuvres philosophiques de Leibniz, éd. Paul Janet, Paris, 1900, 1, p. 439).

CHAPITRE III

LA REI UINDICATIO PAR L'ACTIO IN REM PER SPONSIONEM ET PAR LA FORMULA PETITORIA UEL ARBITRARIA.

I

65. — A l'époque classique le demandeur à une action *in rem* avait le choix entre la procédure *per sponsionem* et celle *per formulam petitoriam siue arbitriariam*¹ ; cependant le *sacramentum in rem* s'est maintenu fort longtemps dans la pratique, malgré la loi *Aebutia* et les deux lois *Iuliae*, car le collège des *centumvirs* ne statuait jamais que sur les affaires liées par le *sacramentum*².

La *sponsio* et la *formula petitoria* ont ceci de commun que dans les actions *in rem* le demandeur est toujours celui qui ne possède pas, et le défendeur celui qui possède. Mais la procédure *per sponsionem* se rattache plus intimement au *sacramentum*, en ce sens que dans les deux actions le juré n'aura pas à se prononcer directement sur la question litigieuse, mais sur une créance prise comme prétexte du procès³.

66. — La procédure *per sponsionem* est fort ancienne :

1. Gai. 4, 91.

2. Gai. 4, 31. 95 ; Gell. 16, 10, 8 ; 20, 10, 1.

3. Cf. Girard, *Manuel*^s, p. 338.

c'est une invention des praticiens qui date avant l'introduction de la procédure formulaire¹. Celui qui se prétendait propriétaire de la chose provoquait son adversaire à un pari ainsi conçu :

SI HOMO Q. D. A. EX IURE QUIRITUM MEUS EST, SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE SPONDES ?².

Après quoi le demandeur se faisait délivrer une formule par laquelle il réclamait à son adversaire le montant de la sponsio :

SI PARET N^m N^m A^o A^o SESTERTIOS XXV NUMMOS DARE OPORTERE³.

Mais comme cette somme n'est promise que sous condition, à savoir que la chose appartienne au demandeur, celui-ci n'obtiendra gain de cause qu'autant qu'il aura prouvé que la chose est sienne⁴.

En pratique, au temps de Gaius, on n'exigeait pas la somme de la sponsio : cette somme en effet n'était pas pénale, mais préjudicielle, en un mot c'était un expédient qui avait lieu uniquement dans le but d'engager l'instance⁵,

1. En ce sens Girard, *Manuel*⁹, p. 338 n. 4 et les renvois ; cf. aussi Karlowa, *Beitr.*, p. 54 ; Jobbé-Duval, *Hist. de la procéd. civ. chez les Rom.*, 1, pp. 461-463.

2. Gai. 4, 93. — Cf. Lenel, *E. P.*², § 69, p. 180.

3. Gai. *eod.* : deinde formulam edimus qua intendimus sponsionis summam nobis dari oportere.

4. Gai. *eod.* : qua formula ita demum uincimus, si probauerimus rem nostram esse.

5. Comp. Cic. *in Uerr.* 2, 1, 45, 115 : si quis testamento se heredem esse arbitraretur, quod tum non extaret lege ageret in hereditatem aut, pro praede litis et uindicarum cum satis accepisset, sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.

Id. *eod.* 2, 1, 45, 116 : ex edicto urbano si de hereditate ambigetur... si possessor sponsionem non faciet.

et c'est une raison pour laquelle le défendeur ne restituait pas ¹.

Le défendeur devait donner caution à son adversaire de rendre la chose et ses fruits intérimaires dans le cas où il succomberait ², et cette caution portait le nom de stipulatio PRO PREADE LITIS ET UINDICIARUM ³ parce qu'elle est venue remplacer les praedes qui autrefois, au temps des legis actiones, étaient donnés par le possesseur au demandeur pro lite et uindiciis ⁴.

C'est qu'en effet, dans la procédure per sponsionem il n'appartenait plus au magistrat de déterminer le plaideur auquel il sera confié la possession intérimaire de la chose ⁵, et cette possession restait là où elle était, c'est-à-dire chez le défendeur.

67. La formula petitoria qui est plus récente, puisqu'elle n'apparaît pour la première fois qu'en 684 dans le deuxième plaidoyer de Cicéron contre Verrès ⁶, sans sup-

1. Gai. 4, 94.

2. La stipulation prescrit que faute de restitution la valeur des fruits sera doublée : v. les cit. p. 63, n. 3. — Cf. Lenel, *E. P.* ², p. 500.

3. Cic. *in Uerr.* 2, 1, 45, 115 ; Prob. 3, 22 : P. P. L. U. pro praede litis uindiciarum ; Gai. 4, 91, 94.

4. Gai. 4, 94. — Dans la cautio P. P. L. U. il y avait 'plures causae una quantitate conclusae', D. (46, 7) 5 § 2, 'd. h. die Stipulation enthielt mehrere Bedingungen, von denen nur eine einzutreten brauchte, um die am Schlusse der Stipulation versprochene quantitas zum Verfall zu bringen'. Ces causae étaient sans doute la clausula ob rem iudicatam, la clausula ob rem non defensam, et la clausula de dolo malo. — Cf. Lenel, *E. P.* ², § 284, p. 496 et ss.

5. Cf. Karlowa, *Beitr.*, p. 55 n. 93 et les renvois ; Jobbé-Duval, 1, p. 464 n. 2.

6. Cic. *in Uerr.* 2, 12, 31 :

L. OCTAVIUS IUDEx ESTO. SI PARET FUNDUM CAPENATEM, QUO DE

planter complètement la procédure per sponsionem, est devenue à l'époque classique la procédure la plus habituelle ¹. La question était posée au juré dans les termes suivants :

IUDEx ESTO. S. P. REM Q. D. A. EX IURE QUIRITIIUM Aⁱ
Aⁱ ESSE NEQUE EA RES ARBITRATU TUO A^o A^o RESTITUETUR,
QUANTI EA RES ERIT, TANTAM PECUNIAM, IUDEx, N^m N^m A^o
A^o C. S. N. P. A. ².

Ici encore le défendeur donnait sûreté à son adversaire par la stipulatio iudicatum solui ³.

68. — L'intentio de la formule, on le voit, n'est qu'une adaptation du HUNC EGO HOMINEM de l'actio sacramento et du SI HOMO Q. D. A. de la sponsio. Elle pose la question de la propriété du demandeur, car pour intenter la revendication il faut être propriétaire, 'in rem actio competit ei

AGITUR, EX IURE QUIRITIIUM P. SERULLII ESSE NEQUE IS FUNDUS Q.
CATULO RESTITUETUR...

Cf. D. (6, 1) 57.58. — V. Wlassak, *Proceses*, 1, p. 115 et ss.

1. Gai. 4, 93. 95.

2. Lénel, *E. P.*², p. 181.

3. La cautio iudicatum solui 'tres clausulas in unum collatas habet : de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo' D. (46, 7) 6. Cf. Lénel, *E. P.*², § 282, p. 509 et ss., Duquesne, *Contrib. à l'étude de la cautio iudic. solui*, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 197-228, *Context. gén. de la cautio iudic. solui*, *Mélanges Fitting*, 1, 1907, pp. 323-353, *La transl. iudicii*, *Ann. de l'Univ. de Grenoble*, 22, 1910, p. 263 et ss. — En cas de défaut de prestation de la cautio iudicatum solui ou de celle pro praede litis et vindictiarum, il y avait une translatio possessionis du défendeur au demandeur, si toutefois ce dernier se tenait prêt, de son côté, à fournir une satisfactio. En matière immobilière cette translatio s'opérait par l'interdit QUEM FUNDUM, Ulp. inst. fr. Uindob. § 4 = Girard, *Textes*³, p. 467, (Lénel, *E. P.*², pp. 452. 438. 437), et en matière mobilière par le 'duci uel ferri iubere', D. (2, 3) 1 § 1, du magistrat. — Cf. Lénel, *E. P.*², § 51, p. 130 et ss.

qui. . dominium acquisiuit'¹, et cette propriété s'apprécie au moment de la *litis contestatio* ². Mais on ne distingue pas entre le plus ou moins d'étendue du droit en litige : il n'importe que le demandeur soit plein propriétaire ou seulement nu-propriétaire ³, qu'il ait un droit définitif ou résoluble ⁴, qu'il ait déjà possédé la chose ou ne l'ait jamais possédée ⁵.

69. — C'est au demandeur à prouver qu'il est propriétaire, car c'est toujours à celui qui soutient lui appartenir

1. D. (6, 1) 23 pr. — Comp. Gai. 4, 3. 92 ; I. (4, 6) 1 in fine. — Cependant, dans des cas exceptionnels et pour des raisons d'équité, on accorde une revendication utile à certaines personnes, encore qu'elles n'aient plus ou n'aient pas encore la propriété : D. (6, 1) 5 § 3 ; Gai. 2, 78 ; D. (44, 1) 9 § 2 ; D. (24, 1) 30. 55 ; D. (26, 9) 2 ; C. (3, 32) 8 ; I. (4, 6) 6. — L'*actio in factum* du D. (44, 1) 41 n'est pas une revendication utile, et celle exercée par le cessionnaire ne fait pas non plus exception à la règle, car le cessionnaire agit en quelque sorte comme mandataire : D. (6, 1) 21. 63 ; C. (4, 39) 9. — Une *utilis actio* tout à fait particulière est la *R. U. repetita die* dont il est question au D. (10, 4) 9 § 6 : *S. P. MULIEREM Q. D. A. KALENDIS IANUARIIS ILLIS A¹ A¹ FUISSE P. I. Q.* — V. Brezzo, *R. U. utilis* ; Mancaloni, *Contrib. alla storia e alla teoria della R. U. utilis*, 1900, (Studi Sassaresi 1) ; Lenel, *E. P.*², pp. 181-182.

2. Arg. D. (3, 1) 23 ; D. (10, 4) 7 § 7 ; Consult. uet. iurisc. 6, 5 (= Paul. 1, 13^b, 4). — Si le demandeur devient propriétaire après la *litis contestatio* mais avant le jugement, il succombe tout en gardant la faculté d'agir à nouveau sans qu'on puisse lui opposer l'*exceptio rei iudicatae* uel *in iudicium deductae* ; en effet, le jugement n'ayant statué que pour le temps postérieur à la *litis contestatio*, le demandeur n'agit pas *eandem quaestionem inter easdem personas* [D. (44, 2) 3] ; D. (44, 2) 11 § 4. 5. — Succomberait également le demandeur qui aurait perdu la propriété après la *litis contestatio* mais avant la sentence : D. (10, 4) 7 § 7.

3. D. (6, 1) 33.

4. D. (6, 1) 41. 66.

5. D. (6, 1) 50 § 1.

un droit à démontrer l'existence de ce droit. C'est là un principe qui découle de la raison même et qui se passe de tout commentaire ; nous remarquerons toutefois qu'en matière de revendication il se trouve encore renforcé par cet autre principe qui veut qu' *'in pari causa melior sit causa possidentis'* ¹.

Cependant le demandeur n'est pas tenu de prouver que le droit lui appartient encore au moment où il exerce l'action, car l'origine de ce droit étant constatée, on présume son existence actuelle. Si donc son adversaire soutient que ce droit a cessé d'exister, ou qu'il a été modifié, c'est à lui à fournir la preuve des faits qui auraient eu pour effet d'éteindre ou de modifier ce droit ².

70. — Que tel a été le système du droit romain, les textes en nombre considérable viennent nous le témoigner ³ :

Paul. 69 ad ed. D. (22, 3) 2 : *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat.*

Marcian. 6 inst. D. (22, 3) 21 in fine = I. (2, 20) 4 : *semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*

1. Ulp. D. (6, 2) 9 § 4 : *Iulianus... scripsit, ut... melior causa sit possidentis quam petentis. quae sententia uera est.*

Ulp. D. (7, 6) 5 pr. in fine : *possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.*

Paul. D. (50, 17) 128 pr. : *in pari causa possessor potior haberi debet.*

2. Arg. C. (4, 19) 16 ; D. (22, 3) 5. 17.

3. Cette énumération est des plus complètes ; il en a été exclu toutefois des textes qui comme C. (2, 1) 4 ; C. (4, 4) 1 ; C. (4, 19) 1, se rapportent plus spécialement au droit des obligations ou au droit criminel.

Ulp. 7 disput. D. (22, 3) 19 pr. : in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem uelut intentionem implere.

Ulp. 16 ad ed. D. (6, 1) 9 : — ubi enim probaui rem meam esse, necesse habebit possessor restituere, qui non obiecit aliquam exceptionem.

Fur. Anthian. 1 ad ed. D. (6, 1) 80 : in rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere, ita ut, si possit aduersarius conuincere rem ab aduersario possideri, transferat ad se possessionem per iudicem, licet suam esse non adprobauerit.

Pap. 20 quaest. D. (20, 1) 3 pr. : si superatus sit debitor, qui rem suam uindicabat, quod suam esse non probaret, ...

Afric. 9 quaest. D. (39, 1) 15 in fine : — ut de iure suo probare necesse haberet : id enim esse petitoris partes sustinere.

Ulp. 17 ad ed. D. (7, 6) 5 pr. in fine : quod si forte qui agit dominus proprietatis non sit, quamuis fructuarius ius utendi non habet, uincet tamen iure, quo possessores sunt potiores, licet nullum ius habeant.

Ulp. 17 ad ed. D. (6, 1) 73 pr. : in speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte eius sit : hoc enim petitoris munus est, non possessoris.

C. Th. (11, 39) 12 = Breu. Alaric. (11, 14) 6 : *Impp. Arcadius et Honorius AA. Aeternali proconsuli Asiae, Cogi possessorem ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere, quae tanta erit amentia, ut ratione*

praepostera petitor ab eo quem pulsat informari suas postulet actiones, cum omnem probationem **exigi** oporteat ab eo, qui uindicare nititur, non ab eo, qui se iuste tenere contendit? intentanti namque, non suscipienti probationum necessitas inponenda est, praeter eum, qui edicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat. *Dat. XII kal. April. Constantinopli Arcadio IIII et Honorio III AA. cons.* [a. 396].

Interpretatio. — Lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur, quia omnem probationem ab eo quaeri debere dicit, qui petitam rem desiderat optinere, non ab illo, qui se iuste tenere contendit, praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere.

C. (3, 31) 11 : *Impp. Arcadius et Honorius AA Aeternali proconsuli Asiae.* Cogi pessorum ab eo qui expetit titulum suae possessionis edicere inciuile est praeter eum, qui dicere cogitur, utrum pro possessore an pro herede possideat. *D. XII kal. April. Constantinopoli Arcadio IIII et Honorio III AA. cons.* [a. 396].

C. (4, 19) 2 : — non enim possessori incumbit necessitas probandi eas (possessiones) ad se pertinere, cum te in probatione cessante dominium apud eum remanet.

C. (4, 19) 8 : frustra ueremini, ne ab eo qui lite pulsatur probatio exigatur.

C. (4, 19) 20 : -- cum petitori probationis onus incumbat.

C. (4, 19) 23 : actor quod adseuerat probare se non posse profitendo reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit, cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit.

C. (3, 32) 28 : res alienas possidens, licet iustam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.

Gai. 4,92 : petitoria autem formula haec est qua actor intendit rem suam esse.

Gai. 4,93 : qua formula (scil. sponsionis) ita demum uincimus, si probauerimus rem nostram esse.

Consult. vet. iurisc. 6,6 = Paul. 1,13^b, 7 ; eas res, quas quis iuris sui esse putat, petere potest, ita demum ut ipsi incumbat necessitas probandi eas ad se pertinere.

ead. 6,14 : item leges qualiter petitor probare debeat, quod intendit, non ab aduersario instrui.

Steph. Bas. Suppl. schol. 58, p. 12 : Τῆς ἐν ῥέμ κινουμένης, εἰ ἀποδείξω τὸ πρᾶγμα ἐμὸν εἶναι, γίνεται ἀπὸ τοῦ δικαστοῦ προνουντατίων. Λέγει γὰρ ὁ δικαστής· Συνέστη τόδε τὸ πρᾶγμα διαφέρειν τῷ πετίῳ, καὶ λοιπὸν χρὴ τὸν ῥέον, ἢ ἀποκαταστήσαι τὸ πρᾶγμα, ἢ ὅρκῳ τοῦ ἀιτοροῦ καταδικάζεσθαι.

Il résulte surabondamment de ces textes que dans la revendication romaine la charge de la preuve incombait au demandeur, et uniquement à celui-ci, son adversaire n'ayant rien à prouver, rien à faire, et pouvant se contenter de nier les prétentions qu'on lui opposait. Si cepen-

dant le défendeur faisait valoir quelque exception, il devait en faire la preuve, car :

agere etiam is uidetur, qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est ¹.

Pareillement le demandeur qui use d'une réplique doit prouver les faits sur lesquels elle se fonde, car la réplique 'nihil aliud est quam exceptio' ², ou plus exactement la réplique est 'quasi exceptionis exceptio' ³.

1. Ulp. 4 ad ed. D. (44, 1) 1, Lenel 254. — Dans le même sens : Ulp. D. (22, 3) 19 pr. : in exceptionibus dicendum est reum partibus actoris fungi oportere ipsumque exceptionem uelut intentionem implere.

Cels. D. (22, 3) 9 : sed quamuis uerum est, quod qui excipit probare debeat quod excipitur, attamen...

Cependant :

Paul. 3 ad ed. D. (50, 16) 8 § 1, Lenel 113 : 'actionis' uerbo non continetur exceptio.

Comment concilier ce texte avec celui d'Ulpien D. (44, 1) 1 ? — Le fr. de Paul de uerb. sign. se rapporte au titre III DE EDENDO, édit principal sur l'editio actionis et instrumentorum imposée au demandeur. Quant au fr. d'Ulp. de excep. praescrip. et praeiud., il peut le rapporter a priori soit au titre III DE EDENDO, soit au titre III DE PACTIS, matières également traitées en son livre 4 ad edictum. Rudorff, *E. P.*, 1869, p. 33 rapporte notre fr. d'Ulpien au titre DE EDENDO, en sorte qu'il suppose que le mot actio aurait provoqué dans ce titre un commentaire opposé de Paul et d'Ulpien, ce qui nous paraît peu vraisemblable. Aussi est-il préférable de rapporter le fr. d'Ulpien au titre DE PACTIS qui défend d'agir au mépris du pacte de non petendo : cette prohibition s'appliquerait que l'on veuille faire valoir le droit auquel on a renoncé sous forme d'action ou sous forme d'exception. En ce sens Lenel, *Pal.*, 2, p. 435 n. 2, *E. P.* ², p. 64 n. 6.

2. D. (44, 1) 2 § 1.

3. D. (44, 1) 22 § 1.

II

71. — Mais que doit prouver le demandeur à la revendication ? Au cas d'acquisition de la propriété par un mode originaire — occupation, spécification, usucapion ¹ — c'est cette acquisition même qu'il devra établir.

Et s'il fonde sa propriété sur un mode dérivé, comme lui ayant été transférée par un autre, lui suffira-t-il de prouver qu'il a acquis la chose en vertu d'un titre régulier — vente, donation, succession, legs — et imposera-t-on à l'adversaire la charge de prouver que l'un des auteurs du demandeur n'était point propriétaire ? Ou bien le demandeur devra-t-il prouver, outre l'acquisition régulière en sa personne, l'existence de la propriété en la personne de ses auteurs ?

Cette dernière opinion qui forme la doctrine dominante, est la seule aussi, croyons-nous, qui soit exacte ².

1. Nous entendons par 'acquisition originaire' celle où l'acquéreur n'est pas tenu, pour justifier de sa propriété, de prouver celle de son auteur.

2. Voy. citations chez Vangerow, *Pand.*, 1863, 1, p. 642, et chez Windscheid, *Pand.*, 1, p. 1001, n. 3. — On trouvera une brève mais vigoureuse réfutation des doctrines adverses chez Vangerow, *Pand.*, 1, p. 642 et ss. — Cf. aussi, en dehors des traités généraux : Pellat, *Propri. et usufr.*, p. 147 et ss. ; Molitor, *Possess. revendic.*, *Publ. servit. en dr. rom.*², 1868, p. 265 et ss. (Pellat et Molitor suivent Vangerow) ; Montagne, *Action en revendic. en dr. rom.*, thèse, Poitiers, 1879 ; Em. Lévy, *Sur l'idée de transmis. de droits*, 1896 ; Wendt, *Ueber die Beweislast bei der R. U.*, *Archiv*, 76, 1890, pp. 397-438 ; Pflüger, *Ueber die probatio diabolica*, *eod.*, 77, 1891, pp. 16-27 ; Meyer, *Ueber den dem Vindikanten obliegenden Beweis*, *eod.*, 77, 1891, pp. 364-373 ; Pflüger, *Ueber das Verhältniss von R. U. und a. Publ.*,

En effet, pour devenir propriétaire par un mode dérivé, il faut que votre auteur ait lui-même été propriétaire, car il n'a pu vous transférer ce qu'il n'avait pas¹. La preuve

eod., 78, 1892, pp. 311-320 ; Meyer, *Ueber das Verhältniss der R. U. zur a. Publ.*, *eod.*, 79, 1893, pp. 446-450.

1. Ulp. D. (50, 17) 54 : nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet.

Ulp. D. (50, 17) 143 : quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstat.

Paul. D. (50, 17) 175 § 1 : non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus, a quo ius in me transit.

Paul. D. (50, 17) 177 pr. : qui in ius dominiumue alterius succedit, iure eius uti debet.

Ulp. D. (44, 1) 20 pr. : traditio nihil amplius transferre debet uel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit, si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert, si non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert.

Gai. D. (9, 4) 27 § 1 : — quia nullum ad actorem dominium transferre possunt, cum ipsi domini non sint.

Ulp. D. (49, 1) 11 § 2 : (et in primis) ipsam rem praestare uenditorem oportet, (id est tradere) (Girard, *N. R. H.*, 1884, p. 397 et ss., non mentionné par Krüger, *Dig.*⁴¹) : quæ res, si quidem dominus fuit uenditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum (euictionis) nomine uenditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum.

C. (8, 53 (54)) 14 : si filius tuus res ad te pertinentes sponsae suae te non consentiente donauit, ad eam quod non habuit transferre non potuit.

Cependant Paul, libro singulari de iure singulari, D. (7, 1) 63, dit :

quod nostrum non est, transferemus ad alios : ueluti is qui fundum habet, quamquam usum fructum non habeat, tamen usum fructum cedere potest.

Cette façon de s'exprimer semble inexacte : le propriétaire peut bien céder l'usufruit de son fonds, mais seulement sous réserve des droits de l'usufruitier actuel.

Quant aux aliénations consenties par le fisc, elles étaient soumises au droit commun, mais Marc-Aurèle décida 'eum qui a fisco rem alienam emit, si post uenditionem quinquennium praeterierit, posse dominum rei per exceptionem repellere', I. (2, 6) 14. Cette

du demandeur comprendra donc outre celle de l'acquisition régulière, celle aussi de la propriété de son auteur immédiat, et de la propriété des auteurs de cet auteur et ainsi de suite en remontant jusqu'à un premier auteur qui ayant acquis la chose par un mode originaire ne tient son droit de personne.

A la vérité, une pareille preuve serait à peu près impossible, parce que indéfinie, (*probatio diabolica*), mais les lois y ont remédié par l'introduction de certaines institutions.

72. — L'usucapion doit être citée en tout premier lieu : elle est l' '*adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* ' ¹. L'usucapion a été introduite précisément pour mettre un terme aux contestations ² et à l'incertitude qui règne sur la propriété ³, aussi n'est-ce pas

modification ne s'appliquait donc qu'aux aliénations faites en exécution d'une vente. Plus tard Zénon transforma encore cette législation : il décida que tous les acquéreurs du fisc, même les donataires, deviendraient propriétaires dès le moment de la tradition, et que les hypothèques qui pouvaient grever la chose s'évanouiraient. Néanmoins '*data uolentibus licentia intra quadriennium contra sacratissimum aerarium, si quas sibi competere actiones existimant, exercere, ita tamen, ut post elapsum quadriennium nec sacratissimum fiscum licere sibimet quibuslibet actionibus pulsare cognoscant*' C. (7, 37) 2 pr. ; cf. I. (2, 6) 14. — Justinien déclara ces innovations applicables aux aliénations consenties ou à consentir par sa maison ou par celle de l'impératrice : C. (7, 37) 3 ; I. (2, 6) 14 ; comp. D. (1, 3) 31 ; D. (49, 14) 6 § 1.

1. Modest. D. (41, 3) 3. — V. Ulp. 19, 8 ; Boeth. *in Cic. Top.*, Bruns, 2, p. 74 ; Isid. *Or.* 5, 25, 30, Bruns, 2, p. 82.

2. Cic. *pro Caec.* 26, 74 : *usucapio fundi, hoc est, finis sollicitudinis ac periculi litium.*

3. Gai. 2, 43-44 ; I. (2, 6) pr. ; Gai. D. (41, 3) 1.

sans raison que nos anciens auteurs l'appelaient ' la patronne du genre humain ' ¹.

Il n'est donc plus besoin de remonter jusqu'au premier acquéreur, et il suffit d'établir qu'on a possédé soi-même ou ses auteurs pendant le laps de temps requis pour l'accomplissement de l'usucapion : on aura par là-même prouvé sa propriété ². L'usucapion offre donc ' un modo simplicissimo ' de légitimer une acquisition irrégulière ³. Le délai, d'ailleurs, en est extrêmement court : un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles : ainsi en avait décidé la loi des Douze-Tables ⁴. Nous sommes en effet à une époque où la vie commerciale n'avait pas encore l'intensité qu'elle a aujourd'hui et qui a fait adopter dans les législations modernes le principe ' en fait de meubles la possession vaut titre ' (C. civ. art. 2279). Aussi les objets principaux de la propriété des Romains restaient-ils en moyenne dans le même patrimoine beaucoup plus d'un an ou deux, délai requis pour l'usucapion.

73. — L'action Publicienne ⁵, elle aussi, a beaucoup

1. L' ' exposé des motifs ' du titre ' de la prescription ' du C. civ. dit que celle-ci ' est de toutes les institutions du droit civil la plus nécessaire à l'ordre social '.

2. C. (7, 26) 4.

3. Padelletti-Cogliolo, *Storia del Dir. rom.* 2, p. 522.

4. L. XII tab. 6, 3. — Gai. 2, 42. 54 ; Cic. *Top.* 4, 23 ; *pro Caec.* 19, 54. — V. aussi Ulp. 19, 8 ; I. (2, 6) pr. — Sur le sens de usus auctoritas, v. Girard, *Manuel* ⁵, p. 299, n. 2 et les renvois, et aussi Voigt, *XII Taf.*, 2, § 88, p. 203 et ss.

5. ' Es ist kaum über einen Gegenstand des Civilrechts öfter und mehr geschrieben worden, als über das Recht der Publicianischen Klage ', disait Huschke en 1874. Depuis, la littérature sur l'action et

facilité la preuve de la propriété. Elle est une revendication fictive dont la formule ordonne au juge d'examiner non pas si le demandeur est propriétaire actuellement, mais s'il le serait en supposant qu'il eût possédé la chose pendant un an ou deux, délai requis pour l'usucapion ¹. Cette action fera donc triompher toute personne qui au bout de ce délai aura le dominium ex i. Q., non seulement le propriétaire bonitaire, mais aussi l'acquéreur a non domino avec juste titre et bonne foi.

surtout sur l'édit Publiciens a augmenté dans des proportions considérables, et l'on peut dire d'elle ce que Cicéron disait quelque part des formules prétoriennes : res infinita. C'est qu'en effet, 'wer über die Publiciana schreibt, ist auf Conjecturen angewiesen' (Lenel, *Z. S. St.*, 20, 1899, p. 31). Cependant en ce qui concerne la restitution de l'édit Publicien, Perozzi trouvant que d' 'ipotesi ne abbiamo abbastanza', a proposé 'una nuova soluzione. . . , coll' idea che sia la soluzione definitiva e colla speranza che per tale debba essere riconosciuta' (Perozzi, *L'editto Publ.*, *Bull. di d. R.*, 7, 1894, p. 45). Il n'en a été rien, et la question est restée entière avant comme après. Aussi nous sera-t-il permis de proposer nous-même de l'edictum monitorium la restitution suivante :

si quis id quod traditum ex iusta causa bona fide emerit
et nondum usucaptum petet iudicium (huiusmodi) dabo :
si quem hominem A^s A^s bona fide emit et is ei traditus
est rel.

Le mérite de cette restitution — si toutefois on veut bien lui en reconnaître un — consiste à mettre d'accord les deux passages d'Ulpien D. (6, 2) 1 pr. et D. (6, 2) 7 § 11, et à rendre compte en même temps de l'interpolation du non a domino qui est restée inexpliquée. Cette interpolation provient, croyons-nous, de ce que les compilateurs ont cru que dans notre édit bona fide emere voulait dire emere a non domino : c'est précisément ce qui n'est pas, car, ici, la bona fides doit être prise dans un sens objectif. Cf. Brinz, *Zum Rechte der b. f. possessio* (Festg. an Arndts), 1875 ; Erman, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 225 et ss. ; Lenel, *ead.*, 20, 1899, p. 11 et ss.

1. Gai. 4, 36.

Le propriétaire qui intente la Publicienne n'a à prouver que l'acquisition régulière de la propriété en sa personne, mais sans remonter au droit de ses auteurs, et il triomphe contre toute personne qui ne peut justifier d'une *iusta causa possessionis*, c'est-à-dire contre toute personne qui ne peut opposer avec succès l'*exceptio possessionis Publicianae* ou l'*exceptio iusti dominii* à cause de ses droits égaux ou supérieurs à ceux du demandeur.

74. — Mentionnons enfin les interdits possessoires au moyen desquels on peut se faire maintenir dans une possession troublée ou restituer une possession perdue. Pour triompher par un de ces interdits, point n'est besoin de prouver qu'on est propriétaire, et il suffit d'établir qu'on a possédé la chose ou qu'on la possède actuellement dans certaines conditions. D'où le conseil de Gaius :

D. (6, 1) 24 : is qui destinavit rem petere animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem, quia longe commodius est ipsum possidere et adversarium ad onera petitoris compellere quam alio possidente petere ¹.

Aussi dans les litiges portant sur les fonds de terre ou les esclaves, cherchait-on au moyen d'un interdit à faire retomber le fardeau de la preuve sur son adversaire :

Gai. 4, 150.160.

Ulp. D. (43, 17) 1 § 3 : inter litigatores ergo quotiens est proprietatis controuersia, aut conuenit inter liti-

1. Comp. Gai. 4, 148.

gatores, uter possessor sit, uter petitor, aut non conuenit. si conuenit, absolutum est : ille possessoris commodo, quem conuenit possidere, ille petitoris onere fungetur. sed si inter ipsos contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis possidere adfirmat, tunc, si res soli sit, in cuius possessione contenditur, ad hoc interdictum (scil. uti possidetis) remittentur. C. (3, 32) 13 : ordinarii iuris est, ut Mancipiorum orta quaestione prius exhibitis Mancipiis de possessione iudicetur ac tunc demum proprietatis causa ab eodem iudice decidatur.

Bien plus : celui qui s'est engagé dans les difficultés de la revendication peut revenir sur ses pas et faire poser la question de la possession au moyen d'un interdit :

Ulp. D. (41, 2) 12 § 1 : nihil commune habet proprietas cum possessione, et ideo non denegatur ei interdictum UTI POSSIDETIS qui coepit rem uindicare ; non enim uidetur possessioni renuntiasse qui rem uindicauit.

Pap. D. (43, 16) 18 § 1 : eum qui fundum uindicauit ab eo cum quo interdicto UNDE UI potuit experiri, pendente iudicio nihilominus interdicto recte agere placuit.

75. — Ainsi donc, au moyen de ces trois institutions — usucapion, Publicienne, interdicts possessoires — la preuve de la propriété est devenue non seulement facile, mais parfois même inutile. Il est vrai que nulle part dans les textes on n'exige la preuve du dominium auctoris,

mais nos adversaires ne sauraient tirer de ce silence aucun argument en leur faveur, car nulle part non plus il n'est dit que le *dominium auctoris* soit en dehors de la sphère de la preuve de la propriété.

D'ailleurs le silence des textes n'a pas de quoi nous surprendre : était-ce la peine, en effet, de dire d'une façon expresse ce qui résulte clairement et implicitement non seulement des principes généraux sur la transmission des droits et sur la preuve, mais aussi des trois institutions citées qui dans la théorie adverse perdraient beaucoup de leur signification et de leur utilité.

Ce qui serait à la vérité surprenant, c'est qu'une dérogation aussi considérable que la dispense de la preuve du *dominium auctoris*, si elle avait existé, n'ait été visée nulle part. D'ailleurs les Romains ne se sont jamais plaints de ce qu'on n'a appelé que plus tard, au moyen-âge, la *probatio diabolica*. C'est qu'en effet cette preuve n'était pas difficile et n'avait non plus rien d'exceptionnel ; soit une cession de créance : ne faut-il pas prouver outre la régularité de la cession l'existence de la créance ?

76. — La théorie que nous venons d'exposer et qu'on peut appeler dominante, n'est cependant pas partagée par tous les auteurs¹. Les théories adverses, si on en excepte certaines '*Verkehrtheiten*'² dont il a été fait justice de-

1. Voy. renvois chez Vangerow, *Pand.*⁷, 1, p. 642, et en outre cf. Wendt, *Ueber die Beweislast bei der R. U.*, *Archiv*, 76 (N. F. 26), 1890, p. 240 et ss.

2. Puchta, *Pand.*¹², p. 251 note c ; comp. le même *Vorles.*, 1854,

puis longtemps¹, peuvent se diviser en théorie d'équité et théorie du droit meilleur.

1, § 168, p. 358 : diese Meinung hat den Vorteil der Sicherheit, da sie unter aller Kritik ist, wenigstens unter der in guter Gesellschaft möglichen.

1. D'après v. Tigerström, *Die b. f. possessio oder das Recht des Besitzes*, 1836, § 4, p. 18 et ss., la preuve du dominium auctoris 'gegen die obersten Regeln des römischen Rechts verstösst' (p. 23). En effet, 'von dem Rechte des Auctors kann der Nachfolger, welcher von jenem die Sache empfängt, keine Wissenschaft haben. Das Nichtwissen in Rücksicht jenes Umstandes, dass der Vorgänger nicht Eigentümer sei, enthält jedesmal eine ignorantia facti, und zwar eine ignorantia facti alieni. Der Empfänger weiss somit nicht, was zu wissen von Niemandem verlangt werden kann; und eben darauf gründet sich der allgemeine Satz des römischen Rechts: ignorantia facti alieni non nocet, dessen Bedeutung und Anwendung hier als bekannt vorausgesetzt werden' (p. 24). — A l'appui de sa doctrine v. Tigerström cite : C. (4, 19) 4. 12; C. (4, 59) 1. 2. 8; C. (4, 54) 11; C. (3, 32) 10; D. (6, 1) 41 § 1. 'Durch diese Quellenzeugnisse wird auf das Vollständigste bewiesen, dass man mit der rei vindicatio habe durchdringen können, wenn man die Sache rechtmässig erworben hat' (p. 27).

V. Tigerström s'est mépris complètement sur le sens de l'adage ignorantia facti alieni non nocet; quant aux textes cités, il suffit d'une simple inspection pour se rendre compte qu'ils sont étrangers à la question, en remarquant toutefois que C. (4, 54) 11 est erroné. Cette doctrine conduit d'ailleurs à des 'ungeheure Absurditäten', car 'der Kläger wäre stets, wenn er eine Klage auf etwas anders als sein eigenes Faktum gründet, von dem Beweise seines Klaggrundes frei, und der Verklagte müsste die Nicht-Existenz dieses Faktum beweisen!' (Vangerow, *Pand.*, 1, p. 644).

Henschel, *Ueber den Beweis der Eigentumsklage*, *Archiv*, 9, 1826, pp. 316-347, et Kritz, *Ueber die Vindication u. die Publ. Klage*, mettent le comble en soutenant qu'il n'existe aucune différence entre la rei vindicatio et la Publiciana actio, et que par conséquent dans la revendication comme dans l'action Publicienne on se contentait de la preuve d'une acquisition régulière. — Selon Kritz il n'existait entre ces deux actions qu'une simple différence de forme, la première supposant une acquisition par mancipatio, in iure cessio ou usucapio, la seconde n'exigeant qu'une acquisition par simple tra-

La théorie du droit meilleur, à notre connaissance du moins, n'ayant pas encore été soutenue d'une façon sérieuse, nous allons essayer nous-même d'en donner une esquisse.

On prétend — pourrait-on dire — que la preuve de la propriété était des plus faciles. C'est une erreur. Cette preuve était au contraire très difficile, et c'est pourquoi on exigeait du demandeur la preuve non pas d'un droit absolu, mais simplement d'un droit relatif, d'un droit préférable à celui de son adversaire¹.

dition. Mais au fond le droit était le même dans les deux actions, en sorte que si une chose a été mancipée, n'importe par qui, c'est la rei vindicatio, et si elle a été tradée, toujours par n'importe qui, par un propriétaire ou un non-propriétaire, c'est l'action Publicienne qu'on pouvait intenter. Avec le temps, lorsque les différences entre la propriété quiritaire et la propriété bonitaire s'évanouirent et que l'usage des formules eut cessé dans la procédure, il ne subsista plus aucune différence entre nos deux actions. C'est ce que dit clairement Ulpien, D. (6, 2) 7 § 8 : in Publiciana actione omnia eadem erunt quae et in rei vindicatione diximus. Cela explique aussi qu'on ne trouve au Code aucun titre 'de Publiciana in rem actione', mais seulement un titre 'de rei vindicatione'. 'Spräche nun aber auch nicht ein Buchstabe in ganzen Justinianischen Rechte, und allen uns geretteten Ueberresten der römischen Jurisprudenz dafür, dass des auctoris Berechtigung zur Veräußerung in präsumtiver Gewissheit beruche, so würde man dies annehmen müssen, um nicht gegen den Respekt für den juristischen Takt der römischen Rechtsgelehrten höchst bornirterweise zu freveln (p. 108). — Sapienti sat ! dirons-nous avec v. Vangerow (*Pand.*⁷, 1, p. 645). — Cf. Em. Lévy, p. 40 n. 1 : cet auteur ne semble pas se rendre bien compte de l'énormité de la théorie Henschel-Kritz.

1. M. Em. Lévy, p. 32 n. 2, prétend qu' 'il suffisait de démontrer qu'on avait un droit plus fort que son adversaire... (et que) d'ailleurs... **on ne pourrait faire autre chose**'. — Une simple objection : quand on prouve avoir usucapé une chose, on prouve par là même avoir acquis sur elle un droit préférable non seulement à

77. — Il est vrai que le délai de l'usucapion était très court, mais les choses non susceptibles d'usucapion étaient fort nombreuses. C'étaient d'abord les res furtivae dont la loi des Douze-Tables et une loi Atinia postérieure prohibaient l'usucapion¹. Or, il faut le remarquer, la notion du furtum en droit romain était autrement large que celle du vol en droit moderne, puisque le furtum comprenait outre le vol proprement dit, l'escroquerie et l'abus de confiance², et peut-être même le furtum s'appliquait il primitivement même aux immeubles³.

De plus, les lois Plautia et Julia prohibaient l'usucapion des choses enlevées par violence⁴, et la loi Julia repetundarum celle des choses extorquées par des magistrats concussionnaires⁵, et l'on sait si la concussion était floris-

celui de Primus ou de Secundus, mais à celui de tout le monde, c'est-à-dire un droit absolu. Pour que la théorie de M. Em. Lévy soit exacte, il faudrait donc que ce point ne le fût pas ; or, M. Em. Lévy n'apporte aucun argument. Car, en effet, c'est sortir de la question que répondre : l'usucapio non facile procedit, 'd'où la nécessité d'exiger simplement la preuve d'un droit relatif et meilleur' (p. 42). Il ne s'agit nullement de savoir si l'usucapion peut être invoquée facilement ou non : il s'agit de savoir si, oui ou non, l'usucapion a existé, si oui ou non elle a fonctionné (plus ou moins rarement : il n'importe) comme mode d'acquérir. La réponse est certaine, et c'est la ruine du système de M. Em. Lévy.

1. L. XII tab. 8, 17. — Gai. 2, 43. 49 ; I. (2, 6) 2 ; Gell. 17, 7 :

legis ueteris Atiniae uerba sunt : 'quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto' (Girard, *Textes*³, p. 31).

2. Paul. D. (47, 2) 1 § 3 = I. (4, 1) 1 : furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, uel ipsius rei uel etiam usus eius possessionisue.

3. Voy. p. 78 n. 3.

4. Gai. 2, 43 ; I. (2, 6) 2 ; Iul. D. (41, 3) 33 § 2.

5. Paul. D. (48, 11) 8.

sante à Rome¹. Citerons-nous aussi la prohibition des Douze Tables défendant l'usucapion de la finis, lisière de cinq pieds existant entre les héritages ruraux, à raison de deux pieds et demi pris sur chacun d'eux, pour permettre aux propriétaires riverains d'y passer et retourner leur charrue²?

Le domaine de ces prohibitions, surtout pour les choses volées ou enlevées par violence, est des plus vastes, car elles n'excluent pas seulement le voleur et le ravisseur qui ne peuvent usucaper à cause de leur manque de bonne foi et de juste titre³, mais même les tiers acquéreurs de bonne foi, en sorte que la chose se trouve frappée, pourrait-on dire, d'un vice réel qui l'accompagne entre les mains de quiconque la détient⁴. — Dans ces conditions on comprend à merveille le mot de Gaius : 'unde non facile procedit in rebus mobilibus ut bonae fidei possessori usucapio competat'⁵.

78. — Passons à la Publicienne. Il serait 'widerspre-

1. Témoins les nombreuses lois de pecuniis repetundis.

2. L. XII tab. 7, 4. — Cic. de leg. 1, 21. — Cf. Rudorff, *Gromat. inst.*, *Die Schr. der röm. Feldmesser*, 2. p. 438.

3. C'est 'una elegante controversia' que celle de savoir si dans l'ancien droit le juste titre et la bonne foi étaient requis pour l'usucapion. L'affirmative toutefois, pour la première fois soutenue par Stintzing, *Das Wesen von b. f. und iust. titul. in die röm. Usukapionslehre*, 1852, tend aujourd'hui à prévaloir. Cf. Puchta, *Inst.*³, 2, p. 208, § 239 note ii; Padelletti-Cogliolo, p. 230; Pernice, *Labeo*, 2, p. 152 et ss.; Voigt, *XII Taf.*, 2, § 91, p. 232 et ss.; Esmein, *Mélanges*, p. 171 et ss.; Ermann, *Z. S. St.*, 11, 1890, p. 219 n. 1; Girard, *Manuel*⁵, p. 305 n. 2.

4. Gai. 2, 49 = I. (2, 6) 3.

5. Gai. 2, 50 = I. (2, 6) 3.

chend — dit Huschke — dass der, welcher durch Usucapion Eigentümer geworden zu sein behauptet, Publicianisch klagen wollte; denn wenn auch die s. g. factischen Voraussetzungen der Klage ungeachtet der Usucapion bleiben, so kann doch nach der Idee der Klage das, was wirklich ist, nicht aushülfsweise fingiert werden, und dieses spricht auch das monitorische Edict über die Publiciana mit dem Erfordernis *nondum usucaptum* aus'. Ce qui fait que 'wenn... die Usucapionszeit abgelaufen ist, der Kläger auf die *rei vindicatio* beschränkt sei'. D'ailleurs le demandeur peut 'auch nach Ablauf der Usucapionszeit seit seiner Besitzerlangung *ex iusta causa* doch darüber ungewiss sein, ob er usucapiert habe, oder das Gegenteil gewiss wissen, weil nemlich inzwischen sein Besitz einmal unterbrochen wurde, und so erstreckt sich sein Bedürfnis der Klage auch über jene Zeit hinaus' ¹.

Cette opinion a été reprise par Brezzo, mais avec une variante qui découle du système général de cet auteur sur la Publicienne qu'il refuse absolument au propriétaire bonitaire ². 'L'affermare — dit-il — come si fa quasi generalmente, che il proprietario della cosa, all' intento di rivenderla, istituisse di regola l'azione Publiciana, come azione di più facile esperimento che non la R. U., sembra essere una gratuita asserzione, punto consonante col sistema romano. — Ivi, invero, ogni azione conserva una individualità sua propria: al padrone della cosa è data la rivendica, al pos-

1. Huschke, *Recht der Publ. Klage*, pp. 77-78.

2. Brezzo, *R. U. utilis*, p. 55; *Archivio*, 43, 1889, p. 271 et ss.

sessore di buona fede la Publiciana. Accordare questa a chi può provare il suo diritto di proprietà, è contravvenire alla natura ed allo scopo della Publiciana stessa'. Si on considère en effet celle-ci comme action utile, il est clair qu'on ne doit pas y recourir hors le cas où il manque l'action directe, legibus prodita; et si on la considère elle-même comme action directe, ce qui paraît du reste plus rationnel, il n'entre pas dans sa sphère d'application le cas de revendication proprement dite, puisque précisément l'individualité propre de cette action réside dans le fait que le demandeur n'est pas propriétaire de la chose. 'E le fonti l'attestano, quando affermano che il Pretore concede la Publiciana a chi acquistò l'oggetto in questione non a domino, et nondum usucaptum petet. E così è soggiunto subito appresso: merito praetor ait nondum usucaptum; nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam. — Appare quindi come l'azione vindicatoria vera e propria continui sempre ad essere, anche in diritto romano nuovo, la rei vindicatio' ¹.

79. — Arrivons aux textes. Certes, ils n'abondent pas, et pour cause, mais on en trouve. Cependant il faut commencer par en exclure ceux qui se rapportent à la diadicasie ² et ceux aussi, est-ce la peine de le dire? qui sont étran-

1. Brezzo, *R. U. utilis*, pp. 54-56.

2. On entend par *διαδικασίαι* 'derjenige Rechtsstreit... bei welchem von zweien oder mehreren jeder behauptete, dass ihm etwas eher zukomme, oder weniger zugemutet werden dürfe, als dem andern', Meier-Schömann, *Der attische Pr.*, 2, p. 471. — Ainsi donc dans le droit grec, la possession en tant que telle n'est pas un moyen de

gers à notre sujet, mais que par routine ou par inintelligence certains auteurs continuent toujours à citer ¹.

Il reste alors à peu près les textes suivants :

Consult. uet. iurisc. 6, 5^a = Paul. 1, 13^b, 6 : qui petit hereditatem, ipse probare debet ad se magis quam ad

défense suffisant, et le défendeur n'est pas exempt de toute preuve. Par conséquent 'im Eigentums und Erbschaftsstreit nicht das absolute, sondern das relativ bessere Recht eines der beiden Streittheile entscheidet, so dass auch der Besitzer aus seiner passiven Rolle heraus zu Nachweis der Qualität seines Rechts gedrängt wird', Mitteis, *Reichsrecht u. Volksrecht in der östl. Provinzen des röm. Kaiserreichs*, 1891, p. 501. — C'est à cette particularité du droit grec que se rapporte selon toute vraisemblance le passage suivant :

C. Th. (11, 39) 1 : Imp. Constantinus A. Aurelio Helladio. etsi ueteris iuris definito et retro principum rescripta in iudicio petitori eius rei quam petit necessitatem probationis dederunt, tamen nos aequitate et iustitia moti **iubemus**, ut, si quando talis emergerit causa, in primordio iuxta regulam iuris petitor debeat probare, unde res ad ipsum pertineat ; sed si deficiat pars eius in probationibus, tunc demum **possessori necessitas impositur probandi unde possideat uel quo iure teneat**, ut sic ueritas examinetur. Dat. Naisso XV kal. Octob. Paulino et Juliano Conss. (a. 323).

Mais le système des diadicases est une particularité du droit grec et qui est restée étrangère au droit romain. Qu'il y ait eu cependant quelques incertitudes au Bas-Empire, cela nous paraît certain, mais ces hésitations ont été levées dans le sens de la théorie romaine traditionnelle : C. Th. (11, 39) 12 ; C. (3, 31) 11 ; C. (4, 19) 2 (voy. p. 123). — Relevons une légère erreur matérielle : Mitteis, p. 449 — et probablement après lui Ferrini, *Pand.*, p. 434 n. 2 — citent : C. Th. (9, 39) 12 ; c'est : (11, 39) 12 qu'il faut lire.

1. C'est le cas notamment pour les textes suivants : C. (4, 19) 4. 12 : ils traitent du mode et non pas du fardeau de la preuve ; C. (4, 19) 16 : il montre qu'il suffit au demandeur de prouver l'acquisition de la propriété, car l'origine de son droit une fois établie, son existence actuelle est présumée, et si le défendeur prétend que la propriété acquise a été perdue par la suite, c'est à lui à en fournir la preuve ; c'est le jeu normal des règles de la preuve. — Voy. cependant Em. Lévy, p. 52.

cum qui possidet siue ex testamento siue ab intestato pertinere.

S'il était vrai qu'on peut raisonner de la pétition d'hérédité à la revendication, ce texte serait probant, car il nous dit d'une façon expresse que le demandeur doit prouver un droit préférable à celui de son adversaire.

I. (4, 6) 1 in fine : (actiones in rem) ueluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, et possessor dominum se esse dicat.

I. (4, 15) 4 : quia longe commodius est possidere potius quam petere, ideo plerumque et fere semper ingens existit contentio de ipsa possessione. commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio : propter quam causam, cum obscura sint utriusque iura, contra petito-rem iudicari solet ¹.

Suet. *Galba* 7 : at in iure dicendo cum de proprietate iumenti quaereretur, leuibus utrimque argumentis et testibus ideoque difficili coniectura ueritas, ita decreuit ut ad lacum, ubi adaquari solebat, duceretur capite inuoluto, atque ibidem reuelato eius esset, ad quem sponte se a potu recepisset ².

Ces textes montrent que le demandeur et le défendeur faisaient valoir également leurs droits : dans ces conditions

1. Comp. C. Th. (11, 39) 12 ; C. (3, 31) 11 (p. 123).

2. D'après Ihering, *Jahrb. für Dogm*, 9, 1868, p. 59 n. 69 = *Geist*⁴, 3, p. 105 n. 129^d.

la victoire devait appartenir à celui qui prouvait un droit préférable.

80. — Cette théorie, est-il besoin de le dire ? doit être repoussée. Elle revient à dire en somme qu'à cause de la difficulté de la preuve on devait se contenter d'un droit relativement préférable.

Mais, remarquons-le, à supposer même que la preuve ait été aussi difficile qu'on le prétend, il n'en résulterait nullement qu'on se soit contenté seulement de la preuve d'un **droit meilleur**, et l'on pourrait tout au plus en tirer argument en faveur d'une **preuve relative**. — D'autre part, pour qu'il puisse être sérieusement question d'un droit meilleur — un droit ne peut être meilleur en soi — il faudrait commencer par prouver qu'on ne tenait aucun compte de la possession, que la preuve n'incombait pas uniquement au demandeur, mais aux deux plaideurs, qu'en un mot le système des diadicasies avait fonctionné en droit romain. Pareille preuve ne sera jamais faite, car les textes sont unanimes à affirmer que la charge de la preuve incombe toujours à celui qui dit et non pas à celui qui nie, et que les possesseurs sont préférables encore que 'nullum ius habeant'.

En droit, nous pourrions nous en tenir là ; toutefois nous voulons examiner de plus près les arguments de la théorie que nous venons d'exposer.

81. — On nous dit que l'usucapion était pratiquement fort rare, à cause des nombreuses prohibitions. Celles-ci sont réelles, mais il ne faut pas en exagérer l'importance :

l'on nous fera difficilement croire que la plupart des objets susceptibles de propriété aient été viciés par le vol, la concussion ou la violence. Ces vices n'étaient d'ailleurs pas éternels, car ils pouvaient être purgés : il suffisait à cet effet que la chose ait retourné entre les mains de celui à qui elle avait été enlevée¹. Bien plus : le vice se trouvait purgé dès l'instant où le propriétaire avait recouvré la possibilité de réclamer sa chose². D'autre part, dans la théorie qui a prévalu, les immeubles n'étaient pas susceptibles de vol³, en sorte que l'usucapion pouvait porter sur ceux qui n'avaient pas été enlevés par violence.

En outre, comme le vol exigeait outre l'*affectus furandi*⁴, une *contrectatio inuito domino*⁵ et *lucri faciendi gratia*⁶, il n'y avait pas vol à s'emparer d'une chose qu'on croyait *derelicta* alors qu'elle ne l'était pas⁷ à vendre une chose appartenant à autrui mais dont on se croyait propriétaire⁸; et enfin '*aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine uitio furti rem alienam ad aliquem transferat et efficiat ut a possessore usucapiatur*'⁹.

1. Loi Atinia : D. (41, 3) 4 § 6 ; lois Plautia et Julia : D. (41, 3) 33 § 2 ; loi Julia repet. : D. (48, 11) 8 § 1.

2. Paul. D. (50, 16) 215 in fine : in lege Atinia in potestatem domini rem furtivam uenisse uideri, et si eius uindicandae potestatem habuerit, Sabinus et Cassius aiunt.

3. Voy. p. 78 n. 3.

4. Gai. 3, 197 = I. (4, 1) 7 ; Paul. 2, 31, 1.

5. Gai. 3, 195 = I. (4, 1) 6.

6. Paul. D. (47, 2) 1 § 3.

7. Ulp. D. (47, 2) 43 § 6 ; cf. aussi *eod.* fr. 43 § 5.

8. Gai. 2, 50 = I. (2, 6) 4. 5.

9. Gai. 2, 50 = I. (2, 6) 6. — Comp. Gai. D. (21, 2) 54 pr. : qui

Enfin, il y a des cas où la prescription acquisitive peut commencer au profit d'une personne sans bonne foi (*constitutio Rutiliana*)¹ et même sans bonne foi ni juste titre (*usucapio pro herede* ², *usureceptio fiduciae* ³, *usureceptio ex praediatu* ⁴).

82. — Passons à la Publicienne. Il faut remarquer en premier lieu que le 'non a domino' du texte d'Ulpien au Digeste (6,2) 1 pr., est interpolé : les raisons en sont nombreuses ⁵, et Brezzo n'en a réfuté aucune ⁶.

On nous dit qu'il serait contradictoire d'accorder la Publicienne à celui qui a usucapé la chose. Nous avouons ne pas apercevoir cette contradiction. Du moment qu'on remplit toutes les conditions requises pour l'exercice de l'action, où peut-il y avoir contradiction à user de cette action ? Il y a, il est vrai, le 'nondum usucaptum' ; mais

alienam rem uendidit, post (longi temporis praescriptionem uel) (Lenel, Krüger) usucapionem desinit emptori (teneri de euictione) (auctoritatis nomine teneri).

1. Paul. Uat. fr. 1.

2. Gai. 2, 52-59 : cette usucapion s'accomplit toujours par le laps d'un an même à l'égard des immeubles.

3. Gai. 2, 59-61.

4. Gai. 2, 61.

5. En effet : a) Ulp. D. (6, 2) 7 § 11 : pretor ait : 'qui bona fide emit'... proinde hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse quamvis non a domino emerim. — b) Le 'non a domino' ne se trouve commenté nulle part, ce qui peut paraître étrange, car il y a des cas où la Publicienne est accordée à l'acquéreur a domino, et l'on ne nous dit pas que ces applications soient contraires à l'édit : Ulp. D. (6, 2) 7 §§ 2, 4. — c) Gai. 4, 36 ne parle pas d'acquisition a non domino. — Cf. Erman, *Beitr. zur Publ.*, Z. S. St., 11, 1890, p. 227 n. 1 ; Lenel, *Nachtr. zum E. P.*, Z. S. St., 20, 1899, p. 13.

6. Erman, Z. S. St., 11, 1890, p. 227 n. 1.

ce n'est pas là une condition d'exercice de l'action, c'est seulement un point sur lequel on vient en aide au demandeur : dans notre cas, celui-ci n'en a pas besoin, puisqu'il a usucapé la chose ; mais cela ne peut constituer un empêchement qui le détourne de l'action, et de contradiction nous n'en voyons point. — Il y aurait même un a fortiori. — Et d'autre part puisqu'il n'y a pas contradiction à accorder les interdits possessoires au propriétaire quiritaire, pourquoi y en aurait-il une à lui accorder la Publicienne ? Allons plus loin : le propriétaire a intenté la Publicienne — soit qu'il la considère comme 'azione di più facile esperimento', soit qu'il ait des doutes sur le point de savoir s'il a usucapé la chose. Qui lui opposera la fin de non-recevoir ? Sera-ce le prêteur ? évidemment non. Sera-ce le défendeur ? mais voit-on un défendeur qui dise à son adversaire : 'Vous êtes bel et bien propriétaire quiritaire de la chose litigieuse, et c'est la revendication et non pas l'action Publicienne qu'il vous faut intentier' ¹ ?

Cette théorie n'est donc pas très claire, et Ferrini lui-même avoue ne pas l'avoir très bien comprise : 'confesso di non capir bene la forza degli argomenti addotti (dallo Huschke e dal Brezzo' ²).

83. — Arrivons aux textes. Ils sont loin d'être probants :

1. Accurs., *Glossa magna*, sur Ulp. D. (6, 2) 1 § 1 : 'in ea (scil. Publiciana) obtinebit nisi aduersarius probet actorem dominum huius (rei) fuisse, quod si probet, dabitur ei rei vindicatio, qui enim Publicianae succumbit non repellitur a rei vindicatione'. — Cf. Carusi, *L'azione Publiciana in dir. rom*, p. 143 n. 2.

2. Ferrini, *Pand.*, p. 442 n. 4.

il n'y en a pas un qui nous dise d'une façon claire et nette que le défendeur à la revendication devait également justifier de sa propriété. Aussi ne pouvons-nous pas nous empêcher de penser que ces textes procèdent de l'inintelligence de leurs auteurs.

Le texte de la Consultatio ne prouve rien, car il se rapporte à la pétition d'hérédité : or cette action, à la différence de la rei vindicatio, ne peut être intentée que contre celui qui possède pro herede ou pro possessore :

Steph. Bas. Suppl. Schol. 24 p. 6 : Ἐπὶ τῆς σπεκιαλίας ἐν ῥέμ ὁφφίκιον ἐστὶ τοῦ δικάζοντος σκοπεῖν εἰ νέμῃται ὁ ῥέος, ἀλλ' οὐχ ὥσπερ ἐπὶ τῆς νερεδιτάτις πετιτόνος περιεργάζεσθαι τὴν αἰτίαν ἥτοι τὸν τίτλον τῆς νομῆς, εἰ προνέρεδε ἢ προποσέ-
σοπε νεμεται· τοῦτο γάρ ἴδιον τῆς νερεδιτάτις πετιτόνος, τὸ τὸν τίτλον περιεργάζεσθαι τῆς νομῆς ¹.

Le texte des Institutes (4, 6) 1, ne prouve guère plus : il a dû être copié chez quelque jurisconsulte fort ancien qui n'admettait la revendication que contre le possesseur animo domini ². D'ailleurs le passage tout entier a été copié avec une rare inintelligence, car on nous dit que 'omnium actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosue de quaque re quaeritur, summa diuisio in duo genera deducitur : aut enim in rem sunt aut in personam'.

1. Comp. C. Th. (11, 39) 12 in fine, et C. (3, 34) 11 in fine.

2. Pegas. ap. Ulp. D. (6, 1) 9 (voy. p. 49 n. 4) ; comp. Steph. Bas. suppl., schol. 28, p. 7 : Τινὲς κατὰ μόνου τοῦ κυρίως ἔχοντος νομῆν, οὐ μὴν φυσικὴν κατασχέσιν, εἰρήκῃτι κινεῖσθαι τὴν σπεκιαλίαν ἐν ῥέμ. — V. aussi C. (3, 19) 2.

On a oublié tout simplement les *praeiudicia*, et l'on nous parle de la distinction des *iudices* et des *arbitri* qui n'a plus aucun sens sous Justinien !

Le passage des *Institutes* (4, 15) 4, ne prouve rien contre nous, car le texte dit clairement : '*commodum autem possidenti in eo est, quod, etiamsi eius res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio*'. Où voit-on qu'il s'agisse d'une preuve émanant du défendeur ? Quant à la finale : '*cum obscura sint utriusque iura, contra petitem iudicari solet*', c'est une explication de ce qui précède, et même une fort mauvaise explication, puisqu'on a pu trouver qu'elle est en contradiction avec le texte à expliquer. Cette finale peut vouloir dire deux choses : A. Le défendeur n'ayant rien à prouver, on ignore s'il est propriétaire ; le demandeur n'ayant pas réussi complètement dans sa preuve, on ne sait pas non plus s'il est propriétaire : *obscura sunt utriusque iura*, et c'est pourquoi *contra petitem iudicari solet*, étant donné que la charge de la preuve incombe à celui qui agit. — B. Une manière élégante de montrer que votre adversaire n'est pas propriétaire de la chose, c'est de prouver que vous l'êtes vous-même. Cette façon de procéder, en pratique, peut être avantageuse lorsque le demandeur, par des arguments spécieux, semble prouver son droit. Notre texte pourrait faire allusion au cas où le défendeur ayant essayé aussi à faire la preuve de son droit, n'y a pas réussi : par conséquent *obscura sunt utriusque iura*, puisque par hypothèse le demandeur n'a pas réussi non plus dans sa preuve.

Au fond, peut-être serait-il plus vraisemblable de penser que la finale cum obscura sint utriusque iura doive être mise sur le compte de l'inintelligence des compilateurs.

Reste le texte de Suétone. Il ne prouve rien non plus, car : A. Il n'émane pas d'un juriste. — B. Il s'agit d'un jugement fantaisiste. — C. Il n'est pas sûr qu'il s'agisse de la revendication plutôt que d'un interdit possessoire double ; il y a le mot proprietas, il est vrai, mais ce terme n'a pas la même valeur sous la plume de Suétone et sous celle d'un jurisconsulte ¹.

III

84. — Restent les théories qui admettent une preuve relative : le demandeur n'aurait à prouver que l'acquisition régulière, et il incomberait au défendeur à prouver que l'un des auteurs du demandeur n'était pas propriétaire ².

Ces théories ne sont pas nouvelles, puisqu'elles datent du moyen-âge, et il nous suffira d'examiner une seule, celle de Thibaut ³, qui est un des rares auteurs qui aient

1. Comp. Paul. D. (50, 16) 78 : interdum proprietatem quoque uerbum 'possessionis' significat : sicut in eo, qui possessiones suas legasset, responsum est.

Scaeu. D. (32) 41 § 6 : legauerat per fidei-commissum Maeuiis ita : 'et quidquid in patria Gadibus possideo'.

2. Voy. les citations de Vangerow, *Pand.*, 1, p. 642 et en outre Wendt, *Archiv*, 76, 1890, pp. 397-438.

3. Thibaut, *Ueber dem Beweis der Eigentumsklage*, *Archiv*, 6, 1823, pp. 311-327.

essayé de justifier sa doctrine par le raisonnement et de l'appuyer sur des textes. On verra par là même à quelles inconséquences conduisent pareils systèmes.

Thibaut reconnaît bien que si l'on veut 'die Sache, so zu sagen, auf die Spitze stellen, so lässt sich von Seiten der Consequenz ganz und gar nichts einwenden' lorsqu'on raisonne de la manière suivante: le but de la rei vindicatio étant de faire reconnaître la propriété en la personne du demandeur, celui-ci se fonde-t-il sur une acquisition originaire ? il doit en faire la preuve ; se fonde-t-il sur une acquisition dérivée ? il doit prouver en outre le droit de son auteur, et ainsi de suite jusqu'au premier acquéreur, et montrer que la chose, par une suite d'aliénations régulières, est parvenue jusqu'à lui. C'est qu'en effet nul ne peut transmettre ce qui ne lui appartient pas ¹.

Cette preuve n'étant pas des plus faciles, ce n'est pas sans raison que Leyser et quelques autres l'appelaient une 'probatio diabolica'. Cependant, pour des motifs d'équité (Billigkeit) et afin de détourner du demandeur cette preuve diabolique, on s'est départi de la rigueur des principes en se contentant seulement de la preuve de l'acquisition régulière faite par le demandeur. On présume le 'dominium auctoris'. Cette présomption n'a rien que de très naturel, et il faut poser la règle que l'aliénateur, jusqu'à preuve contraire, est véritablement propriétaire ².

1. Thibaut, p. 313.

2. Thibaut, p. 314. — Cf. Zasius, *Consilia* XII, n. 26 : 'et facit quod sine dubio dominium transferri praesumitur, si contractus ad hoc

On ne trouve nulle trace d'ailleurs, ni chez les classiques, ni dans le C. J. C., des difficultés sans fin qui auraient dû certainement survenir avec la théorie rigoureuse de la preuve de la propriété ; nulle part il n'est question en effet de prouver l' 'auctoris dominium', pas même d'une façon incidente, à propos du droit de gage, par exemple ¹.

Voici de plus deux passages où il n'est question que de la preuve de l'acquisition régulière, et nullement de celle de l' 'auctoris dominium' :

C. (4, 19) 4 : proprietatis dominium non tantum instrumento emptionis, sed ex quibuscumque aliis legitimis probationibus ostenditur.

Ainsi donc 'schon aus einem Kaufbriefe.., kann der Beweis des Eigentums geführt werden, und doch enthält... im Kaufbrief in der Regel nichts vom Beweise des Rechtszustandes, in welchem sich der Autor befand' ².

C. (4, 19) 12 : cum res non instrumentis gerantur, sed in haec gestae rei testimonium conferatur, factam emptionem et in uacuam possessionem inductum patrem tuum pretiumque numeratum quibus potes iure proditis probationibus docere debes.

Ce dernier passage est particulièrement décisif, puisqu'on parle expressément des différentes parties de l'acte d'acquisition, et qu'on passe sous silence l' 'auctoris dominium' ³.

sit aptus' ; Schömann, *Handb. d. Civilrechts*, 2, p. 50 : 'eine vernünftige Theorie der Vermutungen muss uns leiten' (Wendt).

1. Thibaut, pp. 320-321.

2. Thibaut, p. 322.

3. Thibaut, pp. 322-323.

Et il ne faudrait pas dire que la rei vindicatio et l'action Publicienne se confondent par suite de l'admission de la théorie d'une preuve plus facile : entre ces deux actions il reste encore une différence essentielle. En effet, 'das Eigne und Beschwerliche der rei vindicatio ist dass der, an sich gut titulirte Kläger gegen einen, auch ohne allen Grund besitzenden Beklagten nichts ausrichtet, wenn dieser sein 'emisti a non domino' beweist, während ein solcher Gegenbeweis gegen die actio Publiciana unzulässig ist' ¹.

85. — Cette théorie a déjà reçu plusieurs réfutations ², qui doivent être considérées comme définitives, et devant lesquelles Thibaut lui-même s'est incliné, puisqu'il a répudié son système ³.

On a montré 'dass man auch mit dieser Billigkeits-Theorie, wie regelmässig mit blosen Billigkeits-Sätzen dahin kommt, dass daraus wieder auf der andern Seite die allergrösste Unbilligkeit entsteht' ⁴. Sous prétexte de faciliter au demandeur la preuve qui lui incombe, on charge le défendeur d'une preuve non moins diabolique, à savoir que l'un des auteurs du demandeur n'était pas proprié-

1. Thibaut, p. 324.

2. Unterholzner, *Beitr. zu d. Untersuch. über d. Beweis d. Eigentumsklage*, Archiv, 7, 1824, pp. 233-242 ; Falkenstein, *Beitr. zur Theorie vom Beweise d. Eigentumsklage*, eod., 10, 1827, pp. 226-244 ; Vangerow, *Pand.*, 1, pp. 643-644 (il est suivi par Pellat, pp. 150-151, et par Molitor, pp. 266-268).

3. Thibaut, *System d. Pand.-Rechts*, § 566 note n, et même ouvrage, 8. Aufl., § 707 note y ; cf. aussi Braun, *Erört. über d. bestrittensten Materien d. röm. Rechts in Zusätzen zu Thibaut's Pand.-System*, 1831, p. 480.

4. Vangerow, *Pand.*, 1, p. 643.

taire. On arrive ainsi à ce résultat ridicule que le rôle du défendeur est beaucoup plus difficile à soutenir que celui du demandeur. En effet, supposons que le demandeur et le défendeur se trouvent dans une situation semblable : chacun se fonde sur une acquisition régulière, mais aucun ne peut prouver la non-propriété en la personne de l'auteur de son adversaire. D'après la théorie de Thibaut et de tous ceux qui admettent une preuve relative, le demandeur qui ne possède pas l'emporte par la *rei vindicatio* contre le défendeur qui possède ; en d'autres termes 'in pari causa melior conditio petentis quam possidentis', et l'on triomphe avec la *rei vindicatio* alors qu'on aurait été débouté avec la *Publicienne* ¹. — D'autre part, pour se décharger de la preuve qui lui incombe, quelqu'un n'aurait qu'à transmettre ses prétendus droits sur la chose à un compère ; celui-ci n'aura à fournir que la preuve de l'acte d'acquisition, et il incombera à son adversaire de prouver le manque de droit en la personne de l'auteur du compère, alors que si c'était cet auteur lui-même qui avait intenté l'action, il lui aurait fallu prouver son propre droit ! — Peut-on imaginer quelque chose de plus ridicule ?

L'argument tiré du silence des textes sur la difficulté d'une preuve absolue est sans valeur si l'on remarque que le délai de l'usucapion était des plus courts et que par un an ou deux une possession régulière se transformait en propriété. En fait, il n'était donc presque jamais néces-

1. Accarias, *Précis* ⁴, 2, p. 825 n. 2 : 'la possession serait-elle donc un désavantage, et vaudrait-il mieux demander que défendre ?'

saire de remonter au 'dominium auctoris', car les biens restaient suffisamment longtemps entre les mains d'une même personne pour que celle-ci ait eu le temps de l'usucaper. Dans les cas où cependant il fallait remonter à son auteur, il suffisait de prouver que ce dernier avait possédé un an ou deux, ce qui ne devait certes pas donner lieu à des difficultés diaboliques.

Et s'il est vrai que nulle part il n'est question de prouver le 'dominium auctoris', nulle part non plus on ne trouve de présomption en faveur de ce dominium, et après les explications que nous venons de donner, on voit facilement quel est le silence le plus significatif.

Quant aux deux passages du Code, ils sont étrangers à la question : ils ne traitent pas de ce qui doit être prouvé, mais uniquement des moyens de preuve. Le débat portait sur la question de savoir si pour la preuve de la propriété il fallait absolument avoir des actes, ou si l'on pouvait aussi se servir d'autres moyens de preuve : la réponse est que toutes les sortes de preuves sont bonnes. Et si la réponse laisse de côté un point qui n'était pas l'objet de la question, il ne résulte de ce silence aucun argument pour la théorie de Thibaut.

D'ailleurs il est tout aussi inadmissible d'accepter la présomption de l' 'auctoris dominium', dont il n'y a nulle trace dans les textes, qu'on ne peut admettre la présomption de dette en faveur du créancier. 'Praesumptio iuris — disait Heimbach — legibus confirmata esse debet' ¹.

1. Heimbach, *De domini prob.*, 1827 (Wendt).

Car si l'on transporte la théorie de Thibaut dans le domaine des obligations, il faudrait dire que le cessionnaire ne doit prouver que la validité de la cession, restant au cédé à prouver la non-existence de sa dette.

86. — Cette doctrine a été reprise par v. Brinz, sans toutefois apporter de nouveaux arguments. 'Natürlicher, gerechter, und der überhaupt auf Glaubhaftigkeit, nicht Evidenz angewiesenen Theorie des Beweises entsprechenden ist, dem Kläger, der ein Eigentumserwerbsgeschäft nachweist, insolange zu glauben, als Beklagter nicht eben sol viel für sich oder das Nichteigenthum des Gegners erhärtet; bin ich durch ein solches Geschäft ja doch zum Glauben an den Erwerb des Eigentums berechtigt' ¹.

Cette théorie, basée sur la présomption du droit de l'auteur, s'est montrée insuffisante, aussi n'est-ce pas sans raison que Windscheid trouve que v. Brinz a repris cette doctrine 'aus Gründen welche keine Beweiskraft haben' ².

1. Brinz, *Pand.*², 4, § 168, p. 632 ; cf. aussi *Zur Contravindic. in der l. a. sacr.*, p. 422 haut.

2. Windscheid, *Pand.*², 4, p. 4001 n. 3.

Vu :

Le Président de la thèse,
P. F. GIRARD.

Vu :

Le Doyen,
P. CAUWES.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur
l'Inspecteur de l'Académie,
GALLOUED.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
ABRÉVIATIONS ET RENVOIS.	1
INTRODUCTION	3
CHAPITRE PREMIER. — Sur la propriété relative en droit romain.	9
CHAPITRE II. — La <i>rei vindicatio</i> par la <i>legis actio sacramento</i> . .	28
CHAPITRE III. — La <i>rei vindicatio</i> par l' <i>actio in rem per sponsionem</i> et par la <i>formula petitoria sine arbitraria</i>	116

Imp. J. Thevenot. — Saint-Dizier (Haute-Marne).
